8

P E R

I FRATELLI MARROCCO

NELLA G. C. DELLA VICARIA;

Commissario degnissimo il Sig. D. *VINCENZO PELLEGRINI.*

BIBLIOTECA NAZIONALE DI NAPOLI

(9)

Scrivano *Vincenzo Aveta*;

Digitized by Google

J. M. J.

D. Giacomo, D. Tommaso, ed altri fratelli Morelli avendo nel volgere le vecchie carte di loro casa trovata per avventura la brillante notizia di un fondo, che appartenente da principio ad una certa antichissima Laura Fusco, era stato da quella venduto con patto di ricompra, si sentirono tosto al cuore il piacevole soffio di allettatrice speranza di farne l'acquisto. Nella idea pertanto di essere discendenti di Laura, andaron cercando ove e qual fusse il fondo, che quella vendè. Si crederono fortunati allorchè seppero, che i fratelli Marrocco possedevano un fondo, la di cui ampiezza era eguale alla misura indicata nella vendita fatta da Laura. Tanto si lusingarono esser bastevole per indirizzarsi in giudizio, ed esercitare il patto della ricompra. Or come suole avvenire, che la speranza di un bene fatta già signora del cuor nostro, dipinga le cose del colore della facilità, e tolga alla fiammella dell' intelletto quel lume che potrebbe mostrarne la verità, così avvenne a' signori Morelli. Facendo dunque in questo affare il

proprio desiderio loro unica scorta, ed occupati unicamente dalla idea piacevole di acquistare per picciola somma un fondo, il di cui valore è molto rilevante, non si brigarono di altro, e si misero nel risoluto impegno di tentare come per azzardo l'evento di un giudizio. Sicchè senza dimostrare come e quanto conveniva, la loro discendenza da Laura Fusco venditrice, senza brigarsi, se il fondo posseduto dalli Marrocco sia quello stesso, che Laura vendè, senza far conto, che quella intrapresa all'infuori di un apparato di fatti antichi non offre in sostanza, che una mera calunnia, e senza voler intendere i gravi ostacoli, cui per legge la loro azione è soggetta, sono lieti per la sicura lusinga dell'acquisto del fondo. Ma essi vanno errati ne' loro desiderj. Una esatta discussione delle circostanze dell'affare, una posata analisi della pruova stessa degli avversarj, ed il corredo di poche teorie di dritto ben applicare, basteranno a far vedere con quanta temerità siensi messi nell'impegno del presente giudizio. Noi difendiamo i fratelli Marrocco. La nostra difesa sarà diretta ad escludere la chiesta ricompra. Nostra cura sarà il dimostrare quanto sien plausibili l'eccezioni de' fratelli Marrocco, e con quanto grave fondamento di ragione siensi opposti alla dimanda degli attori.

Fat-

Fatto.

A' 18. aprile dell' anno 1689. ad occasione del matrimonio, che dovea allora contrarsi, ed indi fu contratto tra Silvia Morelli, e Giacomo Silvestri, furono solennizzate in Cajazzo le tavole nuziali. Quivi intervenuta Laura Fusco madre di Silvia, e vedova di Decio Morelli, promise all' anzidetto Silvestri di Casandrino a titolo di dote la somma di duc. 350. nel modo seguente, cioè duc. 150. in due moggia di terrirrio nel luogo detto *lo Lambrusco*: duc. cento promise darglieli su di una casa, ch' ella abitava, soggiugnendo che fino al pagamento di tale summa lo sposo avesse avuto il dritto di abitare nelle prime due camere a man dritta della casa medesima. Altri duc. 50. si obbligò pagarli *quandocunque*, ed intanto corrisponderne l' interesse al 7. per 100. Circa poi li restanti duc. 50. compimento delle intere doti lo sposo confessò averli ricevuti in moneta contante. (*Fol.* 6. *a* 8.)

Seguentemente a' 20. settembre dell' anno 1694. fu stipolato altro strumento fra l' anzidetta Laura Fusco, e Giacomo Silvestri. Col me-

desimo Laura per rilevarsi dal debito de' duc: 50, che doveva a Giacomo per residuo delle doti della di lei figlia Silvia, vendè a beneficio del medesimo quattro moggia di territorio per lo stabilito prezzo di duc. sessanta, de' quali duc. 50. si contentò, che cedessero in isconto, e soddisfazione dell' anzidetto residuo dotale, e e gli altri duc. dieci la venditrice dichiarò averli ricevuti in contanti. In siffatta vendita fu spiegato il patto di ricompra *quandocunque*, *in perpetuum*, *nulla data temporis præscriptione*, e ciò tanto a beneficio di Laura, che de' suoi eredi, e successori. (*Fol.* 3. *a* 5.)

Era già decorso il periodo di un secolo, spazio che reca l' obblio a tutte le cose umane, quando si videro comparire in iscena Giacomo, Tomaso, Giuseppe, Vincenzo, Francesco, e Lorenzo Morelli. Costoro col presunto carattere di eredi, e successori di Decio Morelli seniore, e Laura Fusco, di cui si asserirono discendenti, con solenne istanza dedussero nella G. C. volere essi esercitare il patto di ricompra sulle quattro moggia di territorio, che Laura Fusco vendè a Giacomo Silvestri. Chiamarono in giudizio, ed indrizzarono la loro azione contro Angelantonio Marrocco, che dissero trovarsi nel possesso del fondo in contesa. Dichiararono esser

esser pronti soddisfare i duc. sessanta prezzo delle medesime quattro moggia; per lo che implorarono ordinarsi la restituzione delle medesime a lor beneficio.

Intimata siffatta dimanda ad Angelantonio Marrocco a 17. di Luglio del 1794, vennero in giudizio non solo Angelantonio, che i suoi fratelli Giuseppe, e Gaetano Marrocco, e con istanza opposero la legittimazione della persona, giacchè gli attori non aveano con limpide pruove dimostrato il carattere, col quale aggivano, e quando pur riuscisse loro ciò contestare, dissero ch'essi eran ben garantiti dalla prescrizion centenaria.

Dopo di ciò gli attori tacquero, ed il giudizio restò sopito in obblìo fino a' 20. settembre 1802, allorchè fu impartito ordinario termine nella causa.

Nel corso del termine era dovere preciso degli attori in giustificazione del loro assunto dimostrare due cose: l'una ch'essi eran realmente discendenti, ed eredi di quella Laura Fusco venditrice, a di cui benefizio il patto si era riserbato. L'altra era, che il reo convenuto era possessore di quelle stesse quattro moggia di territorio, che Laura vendette a Giacomo Silvestri. Ecco i punti essenziali, ed indipensabili, su di cui raggirar si dovea la pruova per parte degli attori.

Ma hanno essi soddisfatto come e quanto conveniva a tal loro preciso dovere? Esiste negli atti pruova soddisfacente di cotesti due estremi, senza di che l'azione istituita affatto non regge? Noi crediamo, che nulla di ciò esiste negli atti; e ci riserbiamo rilevarlo a tempo, ed a luogo, quando destro ci verrà poterlo fare.

Compilato già il termine, e venuta la causa a decisione, la G. C. non parve soddisfatta delle pruove che si erano studiate di rammassare gli attori. Quindi non vedendo compiutamente giustificata la loro intenzione, usò ad essi la condiscendenza di decretare a tal modo: *melius instructo processu providebitur*. In vista di ciò gli attori si sono ingegnati, come han saputo il meglio, di consolidare le loro vacillanti idee, e quindi lusingandosi avere già soddisfatto alle dubbiezze del Tribunale hanno spinta la causa a decisione.

Difendendo noi Angelantonio, e gli altri fratelli Marrocco ridurremo la causa presente in queste brevi vedute. La nostra difesa riguarderà il fatto, ed indi si volgerà al dritto. Primieramente noi dimostreremo, che manca agli attori quel carattere, con cui aggiscono, e quindi la loro azione è sfornita di qualunque sostegno. Noi dimostreremo altresì, che non vi è negli atti quella pruova limpida, e netta della iden-

tità

tità del fondo, pruova che và indispensabilmente richiesta, perchè si dia ascolto all'azione di di ricompra. Indi rivolti al dritto passeremo a dimostrare, che quando pur costasse con nette, e limpide pruove e la identità del fondo, e la legittimazion della persona degli attori, l'azion di ricompra è estinta per effetto della prescrizione. Ecco il quadro della nostra difesa, alla quale ora ci accingiamo.

CAP. I.

La pruova della discendenza degli attori da Laura Fusco è debole, ed insufficiente.

PEr dimostrare il presente assunto noi ci spediremo in poche parole. I fratelli Morelli aggiscono in questo giudizio col carattere di eredi di Laura Fusco promettitrice delle doti di Silvia Morelli. Con siffatta qualità essi si studiano di far valere l'esercizio di quel patto di ricompra, che nel cedere *in solutum* il fondo fu convenuto. Dovean gli attori come base, e fondamento della loro azione dimostrare colle più nette, e limpide pruove, che tali essi sono quali si dicono, eredi, cioè, e discendenti di Laura

Fusco . Essi ne han veduta la necessità . Si sono ingegnati di soddisfare a questo dovere , ma come sono riusciti felici i loro sforzi ? Noi crediamo che sono inutili, ed eccoci a dimostrarlo .

Per la pruova della discendenza , e della qualità ereditaria gli attori non adducono , che l' incontro fortuito della somiglianza del loro cognome con quello di Decio Morelli marito di Laura Fusco . Ma tanto è lungi che la somiglianza del cognome possa indurre pruova di congiunzione , e parentado , che non somministra nemmeno un indizio lieve di ciò . Quanti mai s' incontrano , e nello stesso paese , ed altrove , che hanno somiglianza di casato , quantunque affatto non siano congiunti , e menochè non si voglia rimontare ad Adamo , non si saprebbe rinvenire attacco di parentela tra loro . Ne sono ovvj gli esempj , ed ognuno può cercarli nel proprio paese . Sicchè non è da contare affatto su quella somiglianza di cognome , che può nascere da un incontro fortuito , che niun peso dee fare alla pruova .

Egli è vero , che gli avversarj per dare consistenza maggiore alla loro pruova han procurato destramente ottenere un decreto di preambolo , onde si lusingano restare in qualche modo il loro assunto giustificato . Ma troppo debole puntello è questo per essi .

Quan-

Quanto è mai da valutarsi un preambolo, che si spicca dal Tribunale senza la contraddizione delle parti interessate, e sulle voci vaghe di testimonj *de auditu* procurate a compiacenza? Qual conto è d' aversi di siffatti decreti, che il Tribunale stesso, ove sorga parte contraddicente, ha per non interposti, ordinandosi che di nuovo si proceda alla interposizione del preambolo con udirsi tutti gl' interessati. Ma nel caso presente vi è ancora dippiù. Malgrado che nell' interporsi il preambolo di Laura Fusco a favore degli avversarj, la G. C. non avesse veduta, nè intesa alcuna parte contradicente, pur non pertanto parve sì poco soddisfatta della pruova degli attori, e dubitò tanto del loro dritto, che nel dare il preambolo impose a' fratelli Morelli il divieto *de non alienando* i beni ereditarj di Laura Fusco, e gli obbligò a dar malleveria anche su i frutti. Or se la G. C. avesse veduta netta la pruova della discendenza, e fussene restata sufficientemente convinta, qual ragion aveva di obbligare gli attori a quella malleveria, e ad imporre ad essi il perpetuo divieto di alienare? Questo è manifesto segnale, che ella riconobbe ambigua, e vacillante la pruova, e se è così, come potrebbero in tale ambiguità del loro dritto, i fratelli Morelli rivolgersi

contro i nostri clienti, diriggendo contro di essi un azione, che ha per unico fondamento, e base la caratteristica di eredi di Laura Fusco? Potrebbe ora la G. C. sembrarne soddisfatta? *sed non istis subsidiis, non defensoribus istis tempus eget*. Passiamo agli altri assunti della difesa.

CAP. II.

L'azione istituita da' fratelli Morelli non regge, perchè manca la necessaria pruova della identità del fondo, che si vuol ricomprare.

IN ogni azione reale è obbligo preciso di colui, che agisce, il disegnare con particolarità, e distinzione, che la roba, sulla quale è diretta la sua dimanda, sia quella, ov'è stabilito il suo dritto. In somma questo è quel che dicono i Dottori, che dee l'attore far la pruova dell'identità, di tal che dove questa manchi, la sua azione non ha alcun' aria di sussistenza, nè può ripromettersene un risultato felice. Così il giureconsulto Ulpiano. *Si in rem aliquis agat, debet designare rem, & utrum totam, an partem & quotam petat.* (*L. 7. ff. de rei vindicat.*) Secondo questi principj i fratelli Morelli dovevan dimostrare, che le quattro moggia di territorio, ch'

ch' essi pretendono ricomprare, siano quelle stesse, che furono cedute *in solutum & pro soluto* a' conjugi Giacomo Silvestri, e Silvia Morelli col patto di retrovendere. Questo era il dato più interessante, che dovevano assodare. Questo era il principale assunto, su di cui doveva raggirarsi la loro pruova. Gli avversarj capirono questa necessità, ed a tale uopo si studiarono negli articoli di dedurlo; ma i loro sforzi non sono stati felici, ne han corrisposto a' loro voti.

Cotesta identità gli avversarj si sono ingegnati dimostrarla per doppia via, cioè con iscritture, e con i detti de' testimonj. Si è prodotta una fede del general catasto, onde apparisce, che nel 1742. gli eredi di Giacomo Silvestri, cioè Lorenzo, Costanza, Giulia, Geronima, e riverendo D. Antonio Silvestri rivelarono un territorio di moggia quattro nel luogo detto lo *Sardo*, la di cui rendita fu valutata in tomoli tre, e mezzo, che sono oncie nove, e gr. 10. Ragionan dunque così. Il fondo ceduto a' conjugi Silvestri, e Morelli era di moggia quattro; quello che rivelarono i di loro eredi era ancora di tale ampiezza. Dunque l'uno e l'altro eran lo stesso. Questo argomento non è che un sofisma, che in logica vien detto *transitio a simili ad idem*. Questo argomento val lo stesso che

dire, che tutt' i fondi, i quali hanno egual ampiezza, siano una stessa cosa. Tizio ha anni 18, altrettanti ne ha Sejo. Dunque Tizio, e Sejo sono una stessa persona. Che razza di ragionare è cotesta? In quale logica potrebbe ammettersi, tranne in quella della compiacenza? Che un fondo avendo misura ed ampiezza eguale ad un altro, porti seco la pruova dell' identità, non sono cose che si posson ammettere da uom di senno. Niuna necessaria connessione vi ha tra l' uguaglianza della misura, e l' identità della cosa, e dove questa connession d' idee manca, l' argomento si riduce ad una idea di possibilità, che nulla conclude nel fatto. Imperocchè se l' avversario dall' essere il fondo rivelato nel general catasto di egual misura a quello ceduto *in solutum* a Giacomo Silvestri, ne raccogliesse un idea di possibilità circa l' identità della cosa, non potrebbe certamente dalla possibilità dedurre la conseguenza del fatto, e della realità: Argomentare dalla potenza all'atto, dicean' i scolastici, non è un ragionare di chi vuole assicurarsi del vero. La legge, secondo l' avviso del Donello dotto, e sensato ragionatore, non riconosce per argomenti, se non che quelli che hanno una necessaria connessione con ciò, che vuolsi provare: *Omnia argumenta jure probata esse; & fidem facere, quæ cum re quam probare volumus, ita*

ita conjuncta, & affecta sunt, ut iis positis necesse sit poni id quod volumus (*Comm: ad Lib. IV. Cod. de probat. tit.* 19. *l.* 10. *n.* 4.). Ed altrove avverte, che laddove tali argomenti non portan seco per necessaria conseguenza la pruova del fatto, di cui si disputa, non debbono valutarsi per niente da un giudice, che ama il giusto, ed il vero : *quotiescumque id quod ad probandum sumitur, ejusmodi est, ut eo posito non sit necesse poni id quod volumus, nullum argumentum est, nec a judice recipiendum* (*Idem ibidem n.*7.). Qual sugo dunque ritraggono gli avversarj da quella carta ? A volerla discutere ella si dilegua al nulla, e può avere il solo uso di manifestare vieppiù quel tessuto d' impostura, ch' è il gran corredo di questa causa.

La pruova dell' identità al dir de' nostri giuristi, e pratici si esegue principalmente colla verificazione de' confini, e colla identità della denominazione oltre della eguale misura. Vaglia per tutti il Tuldeno, il quale assicura, che *identitas fundi probatur per nominis congruentiam, & duorum finium:* soggiugne, che coteste due circostanze deyono essere copulativamente congiunte, in guisa che *ex solius convenientia nominis non præsumitur eadem res* (*Tulden. De jurisprud. extemp. lib.* 1. *cap.* 31. *in fine*). Niente di ciò gli avversarj si son brigati di fare nel termine. Manca la pruova

della somiglianza del nome, e manca altresì quella della verificazion de' confini. Essi hanno creduto soddisfatto al loro assunto contando unicamente in quella fede del catasto, ove nè la somiglianza del nome s' incontra, nè se ne trae la identità de' confini. Sicchè secondo le cose dimostrate nulla conclude. Qual merito dovrà attribuirsi pertanto alle loro voci?

Passiamo alla pruova testimoniale. Gli avversarj per puntellare un po più la loro vacillante pruova han fatto dire ad alcuni testimonj, i quali per altro depongono per aver inteso dire, che Giacomo Silvestri non possedè altri beni, eccetto quelli che gli furon dati in dote: Dunque, essi conchiudono, gli eredi di Giacomo non poterono rivelare altri beni, se non che gli anzidetti fondi dotali della madre. Questo argomento è pur lepido, e grazioso. Se Giacomo Silvestri non possedè altri beni, salvo che quelli avuti in dote dalla moglie, non segue da ciò sicuramente la conseguenza, che i di lui figli non poteano avere altri fondi. E' questa una idea, che non risulta certamente dall' antecedente. Un padre può avere certi beni: i figli più industriosi, o meglio fortunati possono acquistarne degli altri. Dunque da che il padre non ebbe se non che certi beni, niente può conchiudersi per dimostrare, che i figli non ne aveano acquistati de-

degli altri . Dippiù se noi dimandiamo a' testimonj degli avversarj , com' essi possono assicurarci , che Lorenzo Silvestri non ebbe altri beni , essi dovranno certamente essere turbati da questa dimanda . Come potevano essi deporre , ed avere scienza di fatti accaduti cento e più anni indietro ? Come potrassi dare ascolto a' detti di coloro , che dicono saper quello , che l' ordine naturale delle cose vieta , ch' essi sappiano ? Chi accerta l' esistenza di un fatto , che ignora , e di cui non può avere scienza , non è certamente testimonio che merita fede . Essi dunque si sono indotti a dire il falso in grazia degli attori , nè può certamente la loro deposizione meritare ascolto . In somma riducendo le cose in ultim' analisi , di qual merito è la pruova degli avversarj ? Se guardiamo la pruova scritturale, essa addita un possibile , e non già un fatto . Essa è per se stessa insufficiente , e vana . Se guardiamo la pruova testimoniale, oltre ad avere tutta l' aria di falsità, quando pur si ammettesse quel che i testimonj affermano , nulla da' loro detti si raccoglie , che possa giustificare quella identità del fondo in contesa , che gli avversarj doveano assolutamente accertare . Passiamo ora agli altri assunti della difesa .

CAP. III.

L' azione di ricompra è prescritta.

OLtre alle cose dimostrate, che ci assicurano, quanto sia mal consigliata l' intrapresa degli avversarj circa la pretesa ricompra, e con quanto picciol fondamento siensi indrizzati contro i nostri clienti, giova ideare una ipotesi, che deve essere al nostro contraditore assai piacevole, e grata. Si finga pure, che abbiano gli attori giustificato in faccia al Tribunale il carattere col quale agiscono, ed abbiano nelle forme giuridiche legittimata la loro persona. S' immagini pure, che sia loro riuscito con idonee pruove dimostrare, che il fondo posseduto da nostri clienti sia quel medesimo, che nell' anno 1694. fu col patto di ricompra venduto a Giacomo Silvestri. Messe queste fallaci ipotesi, io pur ho il coraggio di sostenere, che l'azione istituita sia estinta, e prescritta. Noi dimostreremo, che l' azion della ricompra non può al di là de' 30. anni istituirsi, qualunque sia la formola, con cui siesi spiegata, ed espressa la convenzione. Ed eccoci a dimostrarlo.

La prescrizione fornita de' suoi debiti requisiti è una eccezione perentoria, che protegge, ed

assicura il possessore da ogni nemica intrapresa. *præscriptio est exceptio peremptoria, quæ rem de qua agitur, perimit, quæ litem omnem extinguit*. Vediamo se cotesta eccezione vale anche al caso nostro, e perchè meglio su di ciò possiamo soddisfare al dover della difesa, vogliamo rimontare a' suoi più alti principj.

Niente vi è, che tanto interessa la società, quanto la certezza de' dominj, ed il supprimer le liti disturbatrici del comune riposo. Dove i dominj son fluttuanti, ed incerti, e la proprietà precaria, le liti tormentano i cittadini, e niuno gode tranquillo de' suoi averi. La prescrizione adunque, che assicura i dominj, fu sensatamente da Cicerone chiamata *finis sollicitudinis & periculi litium* (*Cicer. orat. pro Cæcina cap.* 26.).

Nelle leggi delle XII. Tavole fu stabilita la usucapione. Ma perchè questa, nè da per tutto, nè per tutte le azioni avea luogo, stimarono i Pretori, ed indi i Principi dover supplire al dritto civile in questa parte difettoso, e mancante, e nacque quindi la prescrizione *longi temporis*, cioè di anni dieci *inter præsentes & viginti inter absentes*. Sì dell' usucapione, che della prescrizione *longi temporis*, era essenzial requisito il titolo, e la buona fede, o come si esprime il Giureconsulto Paolo, *justum initium possessionis* (*Paul. recept. sententi.*

tent. lib. V. tit. 2.). Ma nemmeno colla prescrizione *longi temporis* il fine della legge, il quale era di diminuire, ed estinguere le liti, e di dare a dominj delle cose stabilità, e fermezza, erasi pienamente ottenuto. La prescrizione *longi temporis* richiedeva di necessità la buona fede (*L.* 2. 5. *&* 6. *Cod. de præscript. temp.*). Eranvi de' casi, ne' quali non militava (*Tit. quib. in caus. cess. long. temp. præscript.*). Essa non riguardava le azioni personali, o miste, le quali per le Provincie almeno eran perpetue, *nullis sæculis interituræ*. Si pensò dunque di dar riparo a questo incomportabile disordine. *Quis ferat* (dicea l' Imperator Valentiniano in una sua Novella *de præscrip. trig. ann.*) *institui jurgia, quæ avi & proavi nescierunt? quæ alia improbum litigatorem tam valida defensio submovebit, si possessorem nec sæcula in infinitum transacta defendunt?* A riparare tale sconcio Teodosio fece un beneficio all' umanità, introducendo la prescrizione *longissimi temporis*, a cui pochi son pari. Salutare effetto di questa prescrizione è quello di estinguere le azioni non dedotte tra il corso lunghissimo di trent' anni. Ben vide Cassiodoro, quando chiamò siffatta legge protettrice della umanità: *patronam humani generis* (*Variar. lib. V. Ep. XXXVII.*). Siffatta costituzione si credè la madre della sicurez-

za,

za, giacchè nemica de' sempre fluttuanti possessi, rendeli stabili e certi. La sua somma utilità è tanto generalmente intesa, che i Visigoti estimandola superiore alla prudenza umana, la credettero dettata dall' autorevole voce della natura (*Leg. Wisigoth. lib. X. Tit.* 2. *l.* 4.). Infatti prima d' introdursi siffatta prescrizione *longissimi temporis*, contro il possessor di mala fede, l' azione *in rem* era perpetua, e similmente nelle Provincie eterna era l' azione *in personam*, o mista. *At ex Constitutione Theodosii nullæ actiones sunt perpetuæ, eternæ, vel sempiternæ: immo omnes qualescunque sive in personam, sive in rem, vel mixtæ, vel hypothecariæ, id est sive domino, sive creditori competant, etiamsi agatur adversus malæ fidei possessorem, adversus prædonem, triginta annorum præscriptione tolluntur* (*Cujac. ad tit. Cod. de præscript. XXX. vel XL. annor. tom.* 9. *pag.* 1029. *C.*). Per questa prescrizione adunque non si richiede titolo, non buona fede; nè vi è privilegio, che le resista? Egli è ciò tanto vero, che anche ove in legge si dica *nullam obstare temporis præscriptionem*, deesi ciò intendere di ogni altra prescrizione, ma da questa in fuori. *Et generaliter quibus in causis, vel quibus in locis nullam obstare præscriptionem legimus, ut in l. ult: sup: ne de stat: defunct:*,

et aliis plerisque in locis, illis tamen omnibus casibus obstat præscriptio triginta annorum. Così gravemente il Cujacio (*Cujac. ibid.*).

Ma gl' ingegni degli uomini furon sempre formati in un modo, e l'arte del cavillo è antica quanto il Mondo istesso. Sicchè cominciaron taluni, che si piccavano di legal sottigliezza, a muover quistioni dicendo, che la costituzion di Teodosio non tutte le azioni generalmente riguardava, per lo che andavan sottraendo dalla prescrizione *longissimi temporis* alcune speciali azioni. Ma l'Imperatore Anastasio tolse opportunamente ogni briga, promulgando un' altra costituzione, colla quale si stabilì, che se mai fussevi stata azione non compresa nella prescrizione de' trent' anni, si dovesse intendere compresa nell' ultima prescrizione allora introdotta, cioè quella di anni quaranta (*L. 4. Cod. de XXX. vel XL. annor.*).

Ed ecco solennemente dichiarato non esservi azione al Mondo, che dopo il periodo di quarant' anni si possa più sperimentare. Ecco solennemente spiegato, che ogni qualunque ragione e pubblica, e privata, e qualsivoglia azione reale, o personale, a non eccettuarne pur' una, per lo trascorso al più di quarant' anni resta terminata, ed estinta: *nullumque jus privatum, vel publicum, in quacumque causa, vel quacumque persona, quod*

pre-

prædictorum quadraginta annorum extinctum est jugi silentio, moveatur (*L. 4. Cod. eod.*).

Or se è cosi, che ogni azione và definita tra il corso di trent'anni, nè ve ne ha alcuna, che oltrepassa i quaranta, noi non veggiamo quale special privilegio esenti da siffatta prescrizione l'azione di ricompra? Qual nuova giurisprudenza la esclude, e le comunica questa nobile qualità di andare cioè esclusa da prescrizione qualunque? Parci esser questa una stravaganza figlia dello smarrimento dell'umana ragione. E pure vi son de' Dottori, che a fronte della legge hann' osato affermarla, e vi sono ancora tra noi alcuni, che risolutamente il sostengono. Ma quanto dee valere un' opinione di alcuni pochi, ed oscuri giuristi a fronte de' contrarj solenni stabilimenti, ed a fronte eziandio del sentimento degl' interpetri della rifiorita giurisprudenza, e de' scrittori del foro i più sensati, e ragionatori. In fatti comunemente da Dottori più gravi s'insegna, che l'azione nascente dal patto di ricompra a prescrizione soggiaccia. Secondo questa sentenza unisona alla legge hanno giudicato i più riguardevoli Senati di Europa, i quali l'hanno acclamata, ed accolta con plauso, secondocchè ci fan fede il Tiraquello (*De retract. lib.* 2. §. 1. *glos.* 2. *n.* 7. *&* 29.), il Covarruvia (*Variar. resolut. lib.* 1. *Cap.* 9.),

il

il Perezio (*In Cod. tit. de pact. inter emptor. & vendit.*), ed altri ben molti. La ragione, che giustifica tal sentimento e' tratta da chiare, ed espresse disposizioni di leggi. Non è da dubitare, che il jus, onde il venditore obbliga il compratore a restituirgli la cosa venduta, sia un' azione, che gli nasce dal patto, che nell' istromento della vendita si appone: e ciò tanto è vero, che *azione* il chiama l' Imperatore *Alessandro*, (*In l. si fundum* 2. *C. de pactis inter emtor. & vendit.*), e volendone disegnare il nome soggiunge essere o l'azione propria del contratto, al quale il patto si appone; cioè l'azione *ex vendito*, o l' azione *præscriptis verbis*, delle quali due azioni egregiamente ha scritto il Mantica (*De tacit. & ambig Conv. lib. IV. tit.* 32. *n.* 1. 9. *& seq.*). Or se dal patto nasce tale azione, non è che un' azione personale, e come tale dee necessariamente andar prescritta per lo corso di anni trenta. Rammentianci della Costituzione di Teodosio estesa, e spiegata da Anastasio. Quivi stà scritto: *si persona qualicumque actione pulsetur, erit agenti triginta annorum præscriptio metuenda* (*In l. sicut* 3. *C. de præscript. XXX. annor.*). Dalle parole *persona & qualicumque* si ravvisa ben chiaro non esserci azione personale, che non soggiaggia alla prescrizione di trent' anni.

Egli

Egli è vero, che il Fontanella ebbe il coraggio a sostenere l'opposto, avendo sposato l'impegno di difendere alcune decisioni del Senato di Catalogna. Ma egli stesso ingenuamente confessa, che presso tutt'i Dottori, ed in tutt'i Tribunali sia ricevuta la massima, che il patto di ricompra soggiaccia alla prescrizion di trent'anni: così egli dice: *communissima est Doctorum opinio, & in omnibus fere Tribunalibus inconcusse recepta, & admissa, ut huic redimendi facultati, & actioni inde resultanti præscribatur triginta annorum spatio*. Cita il Cardinal Mantica, il Tesauro, l'Argentre, e Stefano Graziano; soggiungendo, *qui quatuor auctores sufficerent pro mille* (*Fontan. decis. Cathal. decis. LXXV. n.* 3.). Ma a maggior cautela unisce alla testimonianza de' medesimi quella di un immenso numero di Dottori, de' quali forma lungo catalogo. Paolo Staibano il giovane scrittore esimio del nostro foro nelle sue risoluzioni forensi, e propriamente nelle osservazioni alla 40. dice dippiù: *hanc opinionem ita esse communem, ut non sit curandum de his, qui contrariam opinionem tenuerunt*. (*Staib. junior. obs. ad resol. XL. n.* 37.). E parlando del Fontanella, che sostiene l'opposto dice: *non tam firmare dictam opinionem ex veritate, quam ex reverentia sui Senatus videtur*. Il De Marinis, e

quasi

quasi tutt' i nostri aderirono a tale idea (*De Marin. lib. 2. resolut. cap. 157.*).

Ma per rendere questa dimostrazione più lucida, convincente, e sicura, uopo è ribattere gli argomenti, co' quali i sostenitori dell' opposta sentenza difendono il loro assunto. Ascoltiamo adunque le loro voci, e diamo ad esse soddisfacente risposta.

Prima objezione.

Un comun detto de' Dottori insinua non prescriversi mai gli atti meramente facoltativi. Tal' è senz' alcun dubbio il dritto di ricompra. Dipende dal mero arbitrio del venditore usarne, quando a lui piaccia. Dunque non pare, che debba a prescrizion di tempo soggiacere.

Risposta.

Le più mostruose opinioni, per le quali si son resi fluttuanti i sistemi del foro, derivan per lo più dal non essersi ben definite le giuste nozioni delle cose, onde dovean partire i raziocinj, e le dimostrazioni. Non vi ha dubbio, che gli atti meramente facoltativi non si prescrivano giammai. Questo comun detto è vero. Fatto stà, che bene s' intenda quali siano cotesti atti.

Se

Se per atti facoltativi taluno credesse essere da intendere quelli, de' quali ha l'uomo la libertà di usare, nè altrimenti ne usa, che volendo, ne seguirebbe essere atti facoltativi tutte le azioni, ed in conseguenza non esserci azione, che possa unquemai essere prescritta. E si è intesa cosa più sconcia, e mostruosa? Appunto perchè sono le azioni atti meramente volontarj, soggiacciono a prescrizione: ed a prescrizione non soggiacciono l'eccezioni, appunto perchè non può il reo opporle, quando gli piace. Distinguiamo adunque cosa da cosa. Distinse il Baldo le cose, che sono *facultatis publicæ* dalle cose, che sono *facultatis privatæ* (*Bald. in l. licet C. de jur. deliber.*). Prescrittibili sono queste seconde: imprescrittibili quelle prime. E di fatti in quel luogo del jus civile, onde i Dottori han rilevato quel comun detto, si parla di cose, le quali sono di pubblica facoltà: *viam publicam*, scrive Giavoleno, *populus non utendo amittere non potest* (*L. 2. D. de via publ. & itin. publ.*). Meglio però, e più nettamente distinse il Covarruvia. Degli atti facoltativi, ci dice, alcuni sono di mero fatto, alcuni dipendono dalla legge, quali sono il jus di adire l'eredità, il jus di ricomprare, e generalmente tutte le azioni. Imprescrittibili sono gli atti di primo genere, perchè le cose

 di

di mero fatto non sono dipendenti dalla legge, che la prescrizione introdusse: prescrittibili sono gli atti del secondo genere come dipendenti da quelle regole, che per pubblico bene la legge ha prescritto. Così schiarisce queste idee il valentuomo: *hæc prima ratio obtinet in his quæ sunt meræ facultatis & ad factum pertinent: non sic idem erit in his, quæ juris sunt, & ex aliquo jure competunt, sicuti jus adeundi, quod secundum communem omnium interpetrationem, triginta annorum præscriptione extinguitur, competit enim hæc facultas redimendi rem venditam jure quodam, quod ei ex conventione adquisitum est: & ideo ut jus adeundi tollitur, ita & istud tolli potest 30. annorum spatio* (*Covarruv. Var. resol. lib. 1. cap. 9. n. 2.*).

In somma a volere spiegar meglio quel che intese il Covarruvia, egli ha per atti facoltativi non soggiacenti a prescrizione quei soli atti, che sono di mero fatto; cioè di un fatto del tutto disgiunto dal jus, onde non nasca azione da obbligar taluno a fare. Al contrario non ha per facoltativi quegli atti, che sebbene da un fatto dipendano, non però di meno dipendono da un fatto, dal quale perchè non è disgiunto dal jus, nasce altrui azione. Mero fatto è il venire, che senza precedente convenzione fa taluno al mio mulino: e perciò

ciò se più non gli piaccia venirci, io non posso obbligarlo: e tuttocchè per trent'anni ci sia venuto, non vi è luogo a prescrizione. Che se poi vi è stata convenzione, benchè questa pur sia un fatto, posso io obbligarlo, perchè non è un fatto mero, ma un fatto, d'onde la legge fa nascere azione. Su tal' idee il Perezio così ragiona: *quoniam verum non est actionem, qua quis, oblato pretio, ex pacto retrovenditionis, petit sibi rem venditam restitui, esse meræ facultatis; non enim in absoluta facti potestate posita est, sed obligationis jure consistit, & est jus ex contractu alteri ab altero debitum. Ea enim demum sunt meræ facultatis, quæ jure dominii nobis competunt, nec ab alio debentur, sed insunt propriis dominiis* (*Perez in Cod. lib. IV. tit. 84. n. 82.*). Nè altrimenti il Vinnio ragiona: *nec verum est, quod actio, qua quis oblato pretio ex pacto revenditionis petere potest rem venditam sibi restitui, sit meræ facultatis, non enim in absoluta facti potestate posita est, sed jure obligationis consistit, estque jus ex contractu alteri ab altero debitum* (*Vinn. Quæst. select. lib. 2. cap. VI. in med.*). Ed il nostro Giuseppe de Rosa non altrimenti insegna (*Joseph. de Rosa Consuls. XXX. n. 22.*).

La distinzione del Covarruvia benchè solida e sensata, non lascia di essere alquanto intralciata ed oscura;

e noi

e noi, che amiam la precisione, e la chiarezza, vogliamo chiarir meglio una teoria, della quale perchè non ben capita, si fa talvolta abuso nel foro. Il celebre Pietro Tollieu giurista erudito, e profondo, che si è segnalato nella Francia, e nell' Olanda per le sue pregevoli, ed eleganti cognizioni, trattò di proposito questo argomento, nel quale assai bene riuscì. Con particolar disceltazione egli spiegò la vera idea degli atti meri facoltativi, e quindi passò a dimostrare con quanto abuso di dottrina siesi questa massima voluta adottare all' esercizio del patto della ricompra. Noi scegliamo poche idee confacenti al nostro uopo, giachè ognuno che avesse vaghezza di vedere a disteso il suo sistema, potrebbe consultare l' opera di questo grande scrittore. Egli definisce gli atti meri facoltativi nel modo seguente: *Facultates jure naturali, vel communi Civitatis ad nos pertinentes, circa usum, & dispositionem rerum* (id est corporum, vel jurium) *nostrarum, quandiu in earum sumus possessione*. In somma due requisiti egli ricerca per dirsi un' atto facoltativo. L' uno, e primo è: *quod non ex concessione privati, non ex pacto, vel obligatione rerum naturæ quid detrahente, sed jure nostro naturali, vel communi ad nos pertineant*. Il secondo *ut quod versentur circa res*

in

in possessione nostra constitutas. Si dilucidi meglio questo affare cogli esempj. Il dritto, che ognuno ha di valersi della strada pubblica, di passeggiar per Toledo quando voglia ne avesse, di andare ne' pubblici Teatri a solazzarsi, o a diporto sulla riviera di Posilipo, o a bagnarsi ne' pubblici bagni, sono cose *meræ facultatis*, giacchè questi dritti non li godiamo per concessione di alcun privato, nè per patto, o obligazione, *sed jure communi, vel publico civitatis*. Noi per usarne non dobbiamo astringere alcuno perchè faccia tale, o tal cosa. Dipende dal nostro arbitrio usarne quando talento ne venga. Il rialzare il proprio edifizio, l'edificare nel suolo proprio, sono atti di mera facoltà, non soggiacenti a prescrizione; sono effetti del dominio introdotto dal dritto delle genti, e protetto dal jus civile. Per esercitarli non dobbiamo astringere alcuno a fare tal cosa, ed in conseguenza non vi è prescrizione, nè lunghezza di tempo che possa vietarcelo. Udiamo di grazia il Tollieù in che modo ragiona: *nunc vero quædam exempla earum rerum recenseamus, quibus illustretur & confirmetur definitio nostra. Via publica uti, res est, unanimi omnium consensu, meræ facultatis, idque satis docet l. 2. de via publ. supra a nobis laudata. Quippe facultas est jure naturali, seu communi*

Ci-

Civitatis populo competens, adeoque natura sua penes eum requiescens, quamdiu locus ille viæ, seu transitui publico patet, & a nemine privato, vel vicino populo, usurpatur: & simul circa rem versatur in populi possessione constitutam. Respectu quoque singulorum privatorum idem jus, ut theatro, balneo publico, similibusque rebus, quæ universitatis dicuntur, utendi, meræ facultatis est, quia per consequentiam possessionis penes universitatem, cujus sunt membra, constitutæ, & ipsi quoque videntur, suo tamen modo possidere singuli l. 2. §. 2. ne quid in loc. publ. — Ædificare in suo, servitutem rei suæ imponere, sunt etiam res meræ facultatis. Nihil enim aliud est utrumque, quàm facultas de re, quam possidemus, disponendi, nobis jure nostro & naturali competens. Unde licet per centum annos & amplius eo jure non simus usi, quia tamen facultas erat; quæ sua sponte & natura sua penes nos requiescebat, quamdiu de facto nobis non est adempta, sequitur nos ea facultate adhuc posse uti l. 24. de S. P. V. l. 8. l. 9. Cod. de servit. l. 8. §. 5. si serv. vind. l. 12. §. 3. C. de Ædif. privat. — Quid! Ædificare altius, est ne etiam meræ facultatis? Negat Vinnius, ea ratione, quia vicinus potest ea facultate nos prohibere, verum hanc rationem supra refellimus. Vel enim vicino servitutem concessimus altius non tollendi, vel non, si prius, non est equi-

dem,

dem in facultate nostra ædificare altius, at de eo casu hic non agitur. Si posterius, adeo nihil operatur vicini prohibitio, ut vel cum ipsius incommodo possimus altius ædificare. Cum eo, inquit, l. 9. de S. P. V., qui tollendo obscurat vicini ædes, quibus non servit, nulla competit actio. (*Toll. Collect. jur. dissert. 3. de Luit. pign. & reb. meræ facult.*).

Dopo avere il dotto autore così bene chiarita la idea degli atti facoltativi, passa a dimostrare quanto sia vano il pensar di coloro, che vogliono adattar quest' idea all' azion di ricompra, mancando la doppia caratteristica, che la natura degli atti facoltativi definisce, e distingue. Gli atti facoltativi sono quelli, che dipendono dalla ragion di natura, o pubblica, indipendentemente da ogni patto, e privata convenzione. Il dritto di ricompra perchè possa godersi, abbisogna di una special convenzione. Dunque non è atto facoltativo. Inoltre gli atti facoltativi per esercitarsi non han bisogno, che si astringa altri a fare tal cosa, ma dipendono dall' arbitrio privato usarne quando si vuole. Il patto di ricompra non è così, per potersi esercitare ho io bisogno d'istituirne l'azione innanzi al Magistrato. Come dunque l'idea di atto facoltativo può alla ricompra adattarsi? Così segue egli a ragionare il Tollieu.

Fa-

Facilis videtur ex supradictis responsio. Omni juri, quod meræ facultatis non est, præscribi potest: at jus redimendi non est meræ facultatis. Ratio I. quia non jure naturali vel communi, sed ex pacto & conventione privata oritur, & adeo non competit naturaliter, ut nihil magis videatur naturae emtionis venditionis repugnare, quæ est ut fiat in perpetuum: nec non naturæ dominii, quæ est, ut nemo rem suam cogatur vendere. II. Quia non potest sine judice, adeoque sine jurisdictionis contentiosæ auxilio exerceri: nihil vero magis a natura rerum meræ facultatis abhorret, quam contentiosa jurisdictio. Atque ita in Gallia observari docet Praticien Francois *Liv.* 3. *ch.* 15. (*Tollieu loc. cit.*). Ecco discoverta la vera idea dagli atti facoltativi. Eccone definiti i genuini caratteri; ed ecco dimostrato quanto male si adattano all'esercizio della ricompra.

Seconda obiezione.

Ma l'avversario non rifina. Giacomo Silvestri (ei dice) nell'istromento della compra rinunziò alla prescrizione, obbligandosi al patto della retrovendita *in perpetuum*, *nulla data temporis præscriptione*. Qual ragione vi sarebbe di negare l'osservanza di questo patto?

Si risponde in più modi a questa objezione. Primieramen-

mente quanto è da valutare siffatta rinunzia? Regge per dritto, o veramente nò? La regola da conoscere a qual dritto possiamo noi rinunziare, ce la somministra il giureconsulto Papiniano, e l'Imperador Giustiniano: scrive il primo *jus publicum mutari non posse*: (*L.* 38. *D. de pact.*) Stabilisce il secondo: *omnes licentiam habere his quae pro se indulta sunt, renuntiare* (*L.* 51. *Cod. de Episcop. & Cler.*). Ove un dritto sia stato introdotto per pubblico bene, noi non possiamo a quello validamente rinunziare; ma per l'opposto valida sarebbe la rinunzia, quando la privata utilità riguardasse. Or ognuno dee convenire in buona fede, che la prescrizione al pubblico vantaggio sia indirizzata, e le provvide vedute de' Legislatori a questa mira unicamente furon rivolte nell'ordinarla. Essi ebbero in mira la sicurezza de' dominj, e la diminuzion delle liti disturbatrici del comun riposo. Sicchè per lo riguardo della pubblica utilità si giustificano. Quindi il giureconsulto Cajo nettamente dice: *bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarumdam rerum diu, & fere semper incerta dominia essent* (*L.* 1. *D. de usucap.*). Se è così, come potrebbe valere il patto, col quale i contraenti rinunziano alla prescrizione? Al giuramento *propter calumniam* non possono per legge i litiganti nè tacitamente, nè espressamente rinunziare, perchè fu dal-

la legge introdotto *non pro commodo privatorum, sed pro communi utilitate*, secondocchè parla Giustiniano: e pure molto men questo, che la prescrizion di 30. anni al pubblico bene conduce. Primacchè Giustiniano permettesse a' testatori di vietar la falcidia, non si sostenean per legge le rinunzie, che della falcidia faceano i testatori prometter dagli eredi, poichè erasi la falcidia introdotta per lo pubblico bene de' testamenti. Ripetiamolo pure. Se la prescrizione ha in veduta unicamente il pubblico vantaggio, non già la privata utilità, non può da uom ragionevole recarsi in dubbio, che niente vaglia la rinunzia, che di essa talun facesse.

Dippiù ella è grave considerazione, che quando pur valesse così fatta rinunzia a prescrizion qualunque; ella però non comprende la prescrizion di 30. anni, la quale richiede una rinunzia specialissima, ed individuale. Così sensatamente il Cujacio scrive: *Et generaliter quibus in locis, quibus in caussis nullam obstare præscriptionem legimus, ut in L. ult. sup.* ne de stat. defunct., *& aliis plerisque in locis, illis tamen omnibus casibus obstat præscriptio XXX. annorum* (*Cujac. loc. cit.*).

Sulle stesse idee il sullodato Tollieu sulle tracce di Ludovico Caronda, e del Tiraquello scrive: *nec hilum mutat addita verba* quandocumque *perpetuo*,

petuo, vel sibi & heredibus suis eam facultatem stipulatum venditorem. Charondas 2. Pandect. 31., & Tiraquell. Du Retrait convent. §. 1. Glossa 2. n. & seqq. Verba enim illa quandocumque, perpetuo, *civiliter sunt accipienda & salvis legibus, quæ non patiuntur actiones esse æternas, (vitanda enim est infinitas, ut ait Tiraquellus loco sup. alleg. n. 6.) multo minus tales, quæ dominia rerum in incerto tenent, maximo cum commerciorum & erciscundarum familiarum incommodo. Nec aliter omnes fere ineuntur contractus, quam ut perpetuo teneant, & actionibus tamen inde nascentibus solet præscribi. Verba autem* sibi & heredibus suis, *eum effectum, & nihil ultra habent, ut pactum non personale, sed in rem esse declarent; seu testetur venditor se non tam proprii sui affectus, quam patrimonii sui causa & respectu pactum illud adjecisse (Tollieu Dissertat. III. De luition. pignor. & reb. mer. facult. §. 84.).*

In confermazione di ciò giova quì recare un bellissimo esempio tratto dal seno della giurisprudenza. Proibisce l'Imperator Costantino a' padri di vendere i beni materni de' figli : ed insinua al compratore, che badi a ben cautelarsi : *quia nullam poterit præscriptionem opponere filiis quandocumque rem suam vindicantibus*. Si faccia il parallelo tra le parole dell'istromento, e le parole di Costantino; e si vedrà, che corrisponda-

no a livello. Nell' istromento si dice : *quandocumque , & nulla data temporis præscriptione* . Alla parola dell' istromento *quandocumque* corrisponde l' altra identica della legge *quandocumque* : a quelle altre *nulla data temporis præscriptione* , corrispondono queste *nullam poterit præscriptionem opponere* . Or ciò non ostante vendendo il padre i beni materni de' figli , può il compratore opporre prescrizione di trent' anni ? sì certamente . Tutt' i Dottori convengono di accordo . Cotesta prescrizione infatti non s' intende mai esclusa . Ella gode un certo che di spezial favore , per lo che parlando di essa l' Imperador Valentiniano in una sua novella , dice che l' autor suo Teodosio promulgandola *humano generi profunda quiete prospexit* . Quindi con molto accorgimento l' Accursio chiosando le parole di Costantino *nullam præscriptionem* , notò , *nisi triginta annorum* , e seguendo le sue tracce il Cujacio scrive : *Si quid pariter alienaverit , postea filio rem vindicanti nulla obstabit præscriptio longi temporis : præscriptio XXX. annorum , quæ a Cassiodoro dicitur PATRONA HUMANI GENERIS , obstabit (Cujac. in lib. VI. Codic. Tit. 60. Tom. 9. Edit. Neap. 930. lit. G.)* .

Or dovendosi interpretare le parole de' contraenti , come s' interpetrano le parole della legge , a cui è da credere che voglion coloro uniformarsi ,

ne

ne siegue , che siccome le parole della legge *nullam præscriptionem*, non escludon la prescrizion di 30. anni, così non la escludono le parole dell'istromento , *senza darsi prescrizion di tempo*.

Oltre de' citati scrittori, gli altri interpetri della rifiorita giurisprudenza convengono nella verità della dottrina . Il Donello nettamente scrive : *Si conventio hæc est , ut fundus* quandocumque pecunia oblata erit *restituatur , perpetuo actiones debentur ; sed ut meminerimus non excurrere actionem ultra triginta annos , juxta constitutionibus constitutum l. sicut* 3. *l. omnes* 4. *de præscript. XXX. vel XL. annorum (Donell. Comm. in Cod. lib. IV. Tit. LIV. in l.* 2. *si fundum tit. de pactis inter emtorem & vendit.)*

Nella stessa guisa il Vinnio colla solita sua precision d' idee ci assicura , che le clausole *semper & quandocumque* non sono mai da estendere al di là de' termini definiti dalla ragion pubblica per la durata dell' azione . Son sue parole : *sic si res aliqua venierit cum pacto de revendendo sine ulla temporis determinatione , puta ut fas sit venditori* , quandocumque sibi libuerit , *redimere , non nisi intra* 30. *annos redimere poterit , quia actio personalis , quæ ex hac conventione nascitur l.* 2. *C. de pact. int. emt., tanto tempore tollitur l.* 3. *C. de præscr.* 40. *ann.; neque clausulæ sem-*

per quandocumque, *extendi debent ultra terminos jure publico præscriptos actionum durationi.* (*Vinn. Quæst select. lib. II. cap. VI.*).

Fa eco con voci uniformi il Perezio. *Nec movent istæ clausulæ*, semper, in perpetuum, quandocumque, *quia non extenduntur ultra terminos jure præscriptos, qui sunt XXX. anni, quibus actiones personales sunt circumscriptæ* (*Peret. in Cod. lib. IV. Tit.* 54. *n.* 10.)

Da ciò è evidente, che quando pur si fusse potuto rinunziare alla prescrizione, era necessario, che nell' istromento espressamente si dicesse, che Giacomo Silvestri era obbligato a restituire il fondo anche quando dal venditore gli si offeriva il prezzo dopo i 40. anni. Ma non essendosi tal rinunzia nominatamente espressa, questa non si deve aver per compresa in quelle parole. Imperciocchè laddove i contraenti non facciano speciale, ed espressa menzione di quella prescrizione, non si può mai dire, che essi chiaramente vi avessero voluto rinunziare, potendosi, anzi dovendosi nel dubbio presumere, che abbian voluto contrarre giusta la disposizione della legge, secondo cui tutte le clausole generali, ed indefinite denotanti perpetuità, ed infinità di tempo si restringono a' soli 30. anni; il quale spazio di tempo ne' libri della legge *perpetuo* si chiama. Questa è la più acclamata, e ricevuta

vuta opinione, secondocchè testimonia il Graziano: *In disceptatione illa multum per Doctores controversa, an pactum retrovendendi præscribatur spatio XXX. annorum: quando actum fuit, ut* semper, quandocumque, & perpetuo *possit redimi, dixi opinionem affirmativam esse saniorem & magis receptam. Ratio est quia ista verba de sui natura, restringuntur a lege ad XXX. annos ... unde partes in dubio videntur voluisse contrahere secundum legis dispositionem ... maxime in materia præscriptionis, in qua illa verba non inducunt infinitatem ... quare non potest colligi clara intentio contrahentium, quod voluerint istam præscriptionem tollere ... & ista est verior & magis communis opinio* (*Gratian. discept. forens. cap.* 2.).

Quest' acclamata dottrina seguì il Senato di Parigi, come ci attesta il Costalio, *Costal. in l.* 19. *D. qui potior. in pignor. habeantur*; e simil cosa rileviamo dal Fabro nella esimia opera del suo codice delle Decisioni del Senato di Savoja, ove questo insigno scrittore messe da banda le sottigliezze, e i voli d'ingegno, al vero unicamente si attiene, mostrando un giudizio misurato, ed esatto. Quivi adunque insegna, che nulla ostanti le clausole, che additano perpetuità, ed infinità di tempo, il compratore *utitur jure communi*, onde il jus di ricomprare pre-

scrivesi per lo corso di 30. anni , *nisi expresse convenerit , ut jus illud ultra trigesimum , adeoque quadragesimum , & aliud quantumcumque tempus extendatur* . Giova qui addurre l' intera dottrina del Fabro : *qui obligatus est ad retrovendendum fundum , quem ea lege emerat , ut pretium offerenti quandocumque venditori restituere cogeretur , triginta ann. præscriptione se tueri potest , licet conventionis verba sic concepta sint , ut toties quoties venditor volet , retrovenditionem fieri oporteat . Quid enim aliud ea conventione actum videri potest , quam ut perpetuum esset jus redimendi , perpetuaque actio ? Atqui etiam perpetua jura , perpetuæque actiones longissimi temporis præscriptione escluduntur . Nec videtur in mala fide esse emtor , qui jure communi utitur , nisi expressim convenerit , ut jus illud ultra trigesimum , adeoque quadragesimum , & aliud quantumcumque tempus extendatur . . . . ita Senatus 15. Kal. Junii 1590.* (*Faber in Cod. Lib. VII. Tit. XIII. defin.* 3.). Dopo argomenti si robusti ed invitti , dopo teorie sì sode avvalorate dalle dottrine de' più gravi giuristi , ed acclamate dalle giudicature solenni de' più cospicui Tribunali di Europa , qual temerità non sarebbe il dubitare , se il patto di ricompra vada sommesso alla prescrizione ?

Si

Si esclude la terza obiezione.

Ma è tempo ormai di dileguare la grande obiezione, su di cui tanto conta l'avversario, e che forma il massimo appoggio de' sostenitori del patto di ricompra. La prescrizione tra noi richiede per indispensabile requisito la buona fede. Il dritto canonico in questa parte più rigido della giurisprudenza civile, è stato comunemente accolto, e ricevuto. Or come potrebbe il compratore, o i di lui eredi ostentar prescrizione, se intimamente convinto della soggezion della sua roba, e dell' obbligo, che hanno di retrovendere ad ogni richiesta del venditore, siffatta convizione produce in lui la mala fede, che vieta, ed allontana prescrizion qualunque. Queste idee seguì il Fachineo, ed il Fontanella, per lo che risolutamente affermarono, che il patto di ricompra non vadi ad alcuna prescrizione soggetto.

Risposta.

Questa difficoltà più appariscente che solida, e che trasse in errore molti valentuomini, resta in più modi annientata, e distrutta. Il compratore non è in mala fede, tuttocchè sappia es-

ser tenuto a retrovendere, ed eccone la ragione. Egli per legge non prima è tenuto di retrovendere, che gli abbia fatto sapere il venditore di voler ricomprare, e gli offra il prezzo. Tanto significano quelle parole dell' Imperator Alessandro: *teque parato satisfacere conditioni prædictæ*. (*In d. l. si fundum C. de pactis*). Siegue da ciò, che il compratore intanto prescrive tuttocchè sappia esser tenuto a retrovendere, poichè può credere, che il venditore non voglia ricomprare, e se ne assicura poi, quando vede già corso lo spazio degli anni 30., onde ogni azione si estingue. Non altrimenti si dice dell' erede. Costui per legge prescrive contro al legatario prima che accetti il legato; perchè vedendo, che il legatario nol chiede, può credere che nol voglia, e si rende poi sicuro, quando vede il tempo, per cui l'azion si prescrive. Così da buon giureconsulto ragiona il citato Stefano Graziano: *Respondetur, obligatum ad retrovendendum non teneri offerre revenditionem, nisi requiratur: unde merito dicendum est interim præscribere, quamvis enim sciat ad id teneri, tamen non est in mala fide, quum possit credere, nolle vendentem retrahere, & satis est esse paratum revendere quandocumque requiratur infra tempora a lege determinata, & sic antequam labatur spatium XXX. an-*

annorum , quod secundum jus tollit omnem præscriptionem . . . Et facit quod dicimus de legatario , contra quem heres præscribit , antequam legatum acceptetur , quum possit cogitare , quod non velit agnoscere legatum : ideo non potest considerari aliqua mala fides , quum illud non teneatur heres afferre (*Gratian. discept. for. cap. 2. n. 28.*)

I più valenti , ed esimj giuristi analizzando questa disputa , trovarono poco sensata la difficoltà , che si fa nascere dalla mala fede . Il dottissimo , ed elegante Tuldeno ribatte di proposito la difficoltà , e ne dimostra la incoerenza . Egli ci assicura , che in questo affare fluttuò da principio l'animo suo , ma avendo con posatezza discusso l'articolo, trovò che mal s' introdevano i termini della mala fede ad impedire la prescrizione nel patto della ricompra. Ascoltiamo come ragiona cotesto scrittore. *Modo priorem sententiam indistincte sequor. Neque enim me in posteriorem permovet Fachinaei ex mala fide argumentum , lib. 2. contr. cap. 13. tamquam primus emptor adeo conceperit ex conscientia pacti malam , ut eam etiam fidem transmittat in quoscumque heredes . Nego enim hanc malam fidem . Qui sciens alienum possidet , non potest ex temporis diuturnitate credere , (nisi ex fictione juris) quod dominus rem pro dereli-*

cto habeat : at qui rem pacto huic subjectam tenet ex lapsu temporis , non temere præsumit , venditorem nolle redimere . Atque ut hoc temere sibi fingat , possidet tamen sine mala fide , quippe dominio potius . Possidet sine peccato , sine obligatione offerendi rem domino , ergo sine mala fide . Tum cum contraheret demum , ubi requisitæ redemptioni resisteret : tantum abest , quod malam fidem citra derivet in heredem . Nec perpetua facultas luendi pignoris , huic repugnat sententiæ . Debitor enim per creditorem ad aliquem modum possedit , & per ejus heredes , qui mutare sibi ipsis caussam possessionis nequiverunt , non interveniente alio titulo l. 5. sup. de acquir. vel retin. poss. . Deinde antequam pignoratitia actio nascatur repetendo pignori , debet liberatum esse , id est desiisse esse revera pignus . Unde nec objici debet , actionem demum venditori redemptione oblata nasci , & ideo non ante extingui præscriptione . Nam ex pacto venditioni connexo statim exoritur actio ; quia existit obligatio , illius caussa efficax , tantum exactio inutilis est , non oblato pretio . Aliter si interpretamur , nec ex perfecta venditione oriri actionem empti diceremus , quum per emptorem pretio oblato , quod falsum est . Cessante autem mala fide , receptior est sententia , ne diserte quidem renuntiari posse præscriptioni 30. annorum , arg. l. 38. ff. de pact. Nec

ob-

obstat l. Quod si nolit 31. §. *si quid* 22. *ff. de Ædilit. Edict., quæ ratum habet pactum, ut liceat mercem, si displicuerit; in perpetuum redhibere: intelligitur enim de* 30. *annis, Inst. de perp. & temporalib. act. in princip. Et sane jure Pandect. cum non dum introducta esset longissimi temporis præscriptio, actiones civiles erant revera perpetuæ: ut proinde non repugnaret publico juri pactum, quo actio prætoria efficeretur perpetua. Prætor enim brevibus illis præscriptionibus consulverat partibus, non utilitati publicæ. Ei demum prospexit longissimi temporis præscriptio:* (*Tulden. Comm. in Cod. lib. VII. Tit.* 36. *num.* 6.)

Ma colui, che meglio di tutti, e con maggior finezza di discernimento trattò questo punto, è il sullodato Tollieu, il quale con sodezza di raziocinio legale ribatte il Fachineo, che si è distinto fra i sostenitori della opposta sentenza. La sua dottrina è un pò lunga, ma la lunghezza è compensata dalla utilità, per lo che non lásciamo di trascriverla. Sentasi quanto ingegnosamente abbia egli maneggiato questo argomento. *Dissentit a nobis inter alios permultos Andr. Fachinæus* 2. *controv.* 13. *at ratione plane nova & singulari: scilicet quod emptor semper sit in mala fide, adeoque nulla præscriptione se tueri queat. Est hæc difficultas nullius, quoad jus civile, momenti, cum satis constet, ut actionibus personali-*

bus præscribatur , non requiri de jure civili bonam fidem . At quia juris canonici non levis est auctoritas , et in materia præscriptionis videtur , etiam inter Protestantes , juri civili frequenter prævalere , non licet hunc scrupulum intactum prætermittere . Existimamus autem ita posse solvi . Mala fides impedit jure canonico præscriptionem , tantum quia est peccatum C. ult. X. de præscript. Peccatum vero non est , nisi in eo cui vult fieri locupletior cum alterius detrimento : veluti in debitore , qui mutuum : depositario , qui depositum : commodatario , qui commodatum: colono , qui rem conductam : possessore rei alienæ , qui eam non restituere in animum inducit . At in casu nostro non est in emtore peccatum , neque enim id agit , ut fiat locupletior cum alterius detrimento . Res ipsi justo pretio vendita & tradita est , pretium solvit , ergo par est utriusque contrahentis conditio . Nec dixeris minori pretio venditum ob adjectam retrovendendi obligationem , ut sæpe fieri solet , adeoque emtorem eatenus id velle , ut fiat locupletior cum alterius detrimento . Etenim primo id non est perpetuum ; neque de essentia et validitate hujus pacti , rem viliori venditam . Secundo si vel maxime ita sit factum , compensatur satis ea inæqualitas incommodo , quod per annos 30. incertus hæserit de dominii sui stabilitate , adeoque de re non potuerit li-

libere satis, et prout patrimonii sui flagitabat utilitas, disponere. -- Et sane hæc juris canonici doctrina, quod possessor malæ fidei ullo tempore non præscribat, ut est in Cap. 2. de reg. jur. in 6. Videtur non ita simpliciter, sed cum mica salis accipienda: ut per malam fidem non omnem et nudam rei alienæ, vel alteri debitæ, conscientiam intelligamus, sed eam tantum, quæ cum mortali peccato, si possessor restituere detrectet, est conjuncta: ita enim loquitur Pontifex in c. ult. X. de præscript. Cessat autem peccatum primo, si quis non conetur cum detrimento alterius fieri locupletior, ut statim diximus. Secundo, ubi manifesta est in eo, cui præscriptio objicitur, juris sui renunciatio & abjectio, quod fit ubi tam creditor, quam debitor obligationis fuerunt bene gnari, ut recte notat juris tam divini quam humani consultissimus vir D. Joann. Andreas Vander Muelen jus poli part. 3. quæst. 16. -- Tertio cessat in præscribente, obligationis licet bene gnaro, peccatum, & procedit etiam de jure canonico præscriptio, ubi alicui res ita debetur, ut eam exigere prius non possit, quam conditioni in potestate & arbitrio ipsius consitutæ, paruerit. Sic in emtione venditione, pretio necdum soluto, nec re tradita, currere debet & cum effectu potest ultro citroque præscriptio. Nam neque venditor rem offerre, quamdiu pretium non est solutum, ne-

que emtor pretium numerare , quamdiu res non est oblata , videtur in conscientia teneri . Idem dicendum de re promissa vel legata , si quid a stipulatore , vel legatario factum sit , quod in eorum sit potestate . Si enim conditio non sit in eorum potestate , nulla currit præscriptio arg. l. 1. in fin. C. de ann. except. Pariter si quis servitutem promiserit in suo , & per ipsum non stetit quominus eam non constituat , sed vicinus ea uti neglexerit , præscriptione se se licite tuebitur promissor : quia non volenti nec curanti non potuit , nec in coscientia obligatus fuit eam constituere . Vide Joann. Franc. Balbum in Tr. de praescript. in quarta parte quintae princip. , & in 5. quidem quintae circa principium ... Is vero praecise est quaestionis nostrae casus . Qui rem sub pacto retrovendendi comparavit , intra legitima tempora non potuit invito venditori rem retrovendendere , neque in coscientia obligatus fuit eam ipsi offerre , si ipse jure suo uti neglexerit . Nunquam igitur onerata fuit ipsius conscientia , adeoque cessat in ipso omnis malae fidei & peccati species , & legitime potest se se exceptione longissimi temporis adversus redimere volentem tueri . (Tollieu Collectan. Jur. dissert. 3. §. 83. ad 93).

Dopo argomenti sì gravi, dopo una dimostrazione così limpida , e sicura , accreditata dalle unisone

ne voci de' più sensati scrittori, non è da dubitare, che l'argomento che si fa nascere dalla mala fede, contiene un'equivoco detto fuor di ragione. La mala fede suppone il peccato, come nel detentore della roba aliena; ma questa idea di peccato nel caso presente non vi è. Il compratore prescrive, perchè dopo il lasso di 30. anni ha ragion di presumere, che il venditore ha abbandonata l'idea di usare della ricompra, ed in questo caso saggiamente dice il Pagenstechero, che deve ascrivere a sua negligenza il venditore, che non abbia vegliato ad esercitare il suo dritto. Sicchè non tanto sembra prescrivere il compratore, quanto più tosto pare, che per la sua negligenza il venditore abbia in certo modo voluto rinunziare al suo dritto col non usarne: *tum enim sibi imputare debet venditor quod non vigilaverit, nec tam præscribere emtor, quam juri suo renunciasse, idque remisisse videtur venditor* (*Pagenstecher Sicilement. lib. IV. tit. VII.*). Ma è tempo di dileguare le altre obiezioni.

Si risponde all'ultima obiezione.

E' comune insegnamento de' Dottori, che le parole sian da interpetrarsi in modo, che non restino inutili, e oziose; Or se le parole *sen-*

za

za darsi prescrizione di tempo non escludessero la prescrizione di 30. anni, esse rimarrebbero inutili del tutto contro ogni regola di buona interpretazione.

Primieramente rispondo, che la quotidiana sperienza ci fa conoscere, che nelle scritture, le quali distendonsi da' notari, moltissime parole si veggono, che nulla significano. Nè cotesto difetto trovasi solo nelle scritture de' nostri tempi. Nelle opere de' giureconsulti romani, che amavano ne' contratti la semplicità, la precisione, e la chiarezza, come rileviamo dalle loro formole, che con somma cura ha raccolte il Brissonio, pur talvolta, sebbene più al raro, accadeva questo difetto, e quindi i giureconsulti stessi c' insinuano la regola *non solent, quæ abundant vitiare scripturas* (*L.94. D.de reg. jur.*). Or non era ne' tempi antichi men frequente, che ne' nostri lo esprimersi nelle scritture alcune cose, le quali anche non espresse, così si doveano intendere per legge, e non pochi esempj ne abbiamo ne' libri del jus Romano. Dunque se io dico, che per le parole, *senza darsi prescrizione di tempo*, esprimer si volle ciocchè così s' intendeva per legge, non debbo incontrare il mal umore, e la disapprovazione di chi ben' intende le regole della giurisprudenza. Si ascolti al proposito il Tiraquello: *Quod dictum*

est

est hæc verba, quandocumque & similia, *manere otiosa, & sine effectu, nisi intelligantur etiam post XXX. annos, quum sine illis ea facultas duret usque ad id tempus; non admodum urget: quum non adeo inconveniens fit, ut quod tacite intelligebatur, a nobis exprimatur, nec aliud operatur ex illo vulgari axiomate: expressio eorum, quae tacite insunt, nihil operatur* (*Tiraquel. de retract. lib. 2. §. 1. gloss. 2. num. 30.*)

In secondo luogo io rispondo, che le parole *senza darsi prescrizion di tempo* non sono del tutto inutili, ed oziose; ed ecco cosa esse operano. Il Fulgosio *Consil.* 156., l'Ancarano *cons.* 331., ed altri furon di avviso, che il *jus* di ricomprare prescrivesi tra dieci anni. Dunque con quelle parole si esclude così fatta prescrizione, e si toglie quel dubbio, che turbar potea la mente de' contraenti, e de' giudici: *nec tamen hic omnino supervacuum est*, (soggiunge il Tiraquello) *quia sunt qui opinantur, hanc facultatem redimendi, extingui spatio X. annorum, ideoque hujusmodi verbis tollitur id dubium, quod poterat hic subesse.* E più giù conchiude: *Hæc opinio* (cioè che il *jus* di ricompra soggiace a prescrizione malgrado le clausole indicanti perpetuità ed infinità di tempo) *arresto Supremæ nostræ Curiæ fuit approbata: ea omnino sequenda est: nam & ea quoque communior est*,

est, & Doctorum majoris doctrinæ, et auctoritatis. (*Idem ibidem. num.* 31.)

Noi fin quì abbiam ragionato di quanta efficacia, e valore sia l'eccezion della prescrizione di 30. anni per escludere l'azion proposta dall'avversario. Nel caso presente vi è di più. Nel caso nostro non concorre solo il lasso di 30. o 40. anni, ma di 100. e più anni. Il pregio della centenaria egli è, cha presuppone il miglior titolo del Mondo, e la maggior buona fede che si possa ideare. Sono assiomi ricevuti tra noi, che la centenaria estingue così le pubbliche, che le private azioni, e che a lei non può opporsi resistenza di legge. In somma ove la centenaria concorre, non si va più in traccia di titolo, e di buona fede. Bisogna infatti che vi sia un termine alle cose umane, dopo il quale non si debba andar rimucinando il passato: si dee assicurare la quiete degli uomini, che hanno pacificamente posseduto. Vi deve essere un termine, per punire almeno la trascuraggine di coloro, che han lasciato altrui pacificamente in possesso, senza sperimentare il lor dritto, e senza dolersene per un secolo intero: *quis ferat institui jurgia, quæ aui & proavi nescierunt?* dice l'Imperator Valentiniano. Qual ragionevole giurisprudenza comporterebbe questo incomportevole disordine?

Il Cardinal de Luca parlando della centenaria dice:

jus

jus tribuit allegandi quemcumque titulum de mundo meliorem, absque necessitate illum justificandi... secus proinde esset resolvere totum mundum; Alias dominia per seculum & ultra confirmata, ex integro justificanda essent (*De Luc. de alienat. Disc. XI. num.* 8. *&* 9.). Francesco Capobianco con più energiche voci sostien lo stesso, cioè che la mentovata prescrizione *tollit metus, & violentiæ præsumptionem, cum præsumatur legitimus contractus, Regius assensus, & omnia solemniter acta . . . magna est auctoritas talis præscriptionis . . . . . cum abstergat omnes maculas, præsumat titulum sollemnem, & habeat vim legis . . . . item potest tantum, ut Rex . . . . hanc præscriptionem esse privilegium perfectum, contra quod nil potest opponi, & non recipit probationem in contrarium . . . . esse quasi alterum jus naturale, quod immutari non potest* (*De jur. & off. Bar. lib. II. cap. 7. sup. Prag. I. cap. 7.*). Giuseppe de Rosa dice ancora, che: *exclusis omnibus præscriptionis speciebus, nunquam censetur exclusa* (*De Ros. Consult.* 12. *n.* 21.). Con idee consimili il Fabro: *Etsi præscriptio centum annorum in plerisque differt ab ea, quæ est tanti temporis, cujus initii non extat memoria: in hoc tamen convenit, quod neque bonæ fidei probationem ullam requirit. Nam præter id quod ex solo lapsu tam longi temporis, & titu-*

tulus, & bona fides facile præsumitur: ipsa enim temporis antiquitas utroque casu justi tituli vim obtinet (*Fab. in C. suo definit. 2. lib. 7. tit. 13.*). L'Imperator Carlo VI. nel 1720. finalmente con una sua novella Prammatica, in conferma delle nostre antiche leggi, dichiarò, e stabilì esser tale, e tanta l'efficacia della centenaria, che basti ad estinguere eziandio qualunque azion fiscale, benchè il titolo ne fusse vizioso, ed invalido, purchè non prodotto dal possessore. Or se tale prescrizione di cento anni concorre pure nel caso nostro, cosa migliore può desiderarsi per dirsi estinta l'azion di ricompra? Quale singolarità di privilegio potrebbe dispensarnela? Sembra dunque avere somma ragione di augurarsi i nostri clienti, che resti esclusa l'azzardata intrapresa degli avversarj.

Dottrine del Cujacio, e del Cardinal de Luca consentanee alle cose dimostrate.

PRima di chiudere questo argomento, giova l'addurre il grave sentimento del celebre Giacomo Cujacio, il di cui nome sarà sempre di ammirazione finchè la giurisprudenza sarà in pregio tra gli uomini. Questo valentuo-

tuomo in una delle sue consultazioni esaminando la presente quistione, se il patto di ricompra soggiaccia alla prescrizione di 100. anni, sostiene, che non solo i cento anni escludono l' esercizio del patto, ma la prescrizione di 30. eziandio. Eccone le parole. *Et rursus si valet ea conventio, cum quæreretur, an jus redimendi excluderetur præscriptione centum annorum, dixi excludi præscriptione triginta annorum: huic enim perentoriæ præscriptioni, & patronæ humani generis, ut Cassiodorus ait subjici actiones, juraque omnia, et quæ leges quive mores præscriptionem tollunt, non intelligunt præscriptionem triginta annorum, ut l. 1. C. de bon. mat. l. ult. C. de stat. defun. & aliis plerisque, ac multo minus centum annorum, cum et quæ legibus dicuntur actiones perpetuo competere, aut esse perpetuæ, finiantur annis triginta* (*Cujac. Consult. LIX. tom. I. Oper.*).

E volendo rispondere alla difficoltà di essere concepito il patto della ricompra colla espressione *cum videbitur pro eodem pretio*, che equivale, e forse più al *quandocumque*, *nulla data temporis præscriptione*, conchiude, che le suddette espressioni siano da prendersi *pro viri boni arbitrio*, il quale sicuramente non permette, che la cosa venduta per 200. un secolo indietro, si ricompri per lo stesso prezzo un secolo dopo, che

che la medesima abbia acquistato il valore di 600. *Et quod in conventione adjectum est, cum videbitur, ea verba dico esse accipienda pro viri boni arbitrio l. fideicom. 3. §. 1. ff. de fid lib., qui utique non admitteret post centum annos offerentem ducentos aureos pro supra dicta portione quinta, quæ hodie ut ille narrat, estimatur sexcentum* (*Cujac. loc. cit.*).

Or seguendo le idee di questo gravissimo interpetre del dritto romano, non sembra convenire all' arbitrio dell' uom da bene essere obbligati i nostri clienti a restituire il territorio per lo stesso prezzo, che fu comprato. L' equità dell' uom da bene non potrebbe affatto ciò comportare. Varia il valore del denaro, siccome varia il valor delle cose. Anzi a proporzione, che questo cresce, quello diminuisce. Un tomolo di grano allora, che presso noi valeva 4. o 6. carlini, il valor del denaro non era meno dell' 8. o 10. per 100:. Sono cose queste note, e risapute da ognuno. Adunque ducati cento di un secolo indietro vagliono presentemente assai meno di quel che valevano; siccome la casa, che allora aveva un minor valore, oggi vale moltissimo. Sicchè il venditore in forza del patto riacquisterebbe la cosa venduta accresciuta di tanto valore, il compratore all' incontro riacquisterebbe non

non già il prezzo disborsato ; ma scemo di tre parti , o della metà . Quindi tutto il beneficio del tempo sarebbe del venditore , il danno tutto del compratore . E sarebbe dell' arbitrio dell' uomo da bene far valere un patto , che contenga cotanta disuguaglianza ? Tanto più , che come l' esercizio del patto tutto dipende dalla volontà del venditore ; non così dipende dal compratore l' obbligare il venditore a restituirgli il prezzo , con ripigliarsi la cosa venduta . Sicchè in forza del patto il venditore può sempre consigliare il suo vantaggio , e non già il compratore . Questi rimane esposto al pericolo della cosa venduta ; quello ne ricoglie tutto il vantaggio . Dunque il patto conterrebbe la massima iniquità . Su tal' idee il Cardinal de Luca scrivendo *pro veritate* , vide questa disuguaglianza , e quindi l' aumento del tempo non sà darlo al venditore , ma crede giustamente doversi godere dal compratore : anzi soggiugne esser questo sentimento acclamato da' Tribunali . Così egli : *De æquitate receptum est , per venditorem offerendum esse pretium dicti augmenti intrinseci , quod proinde ad emptoris commodum cedere debet , quæ æquitas summam habet rationem deductam ex inæqualitate circa pacti exercitium concurrens inter emtorem , & venditorem , quod scilicet venditor potest*

teſt quandocumque sibi videbitur hujusmodi pactum exercere , emtor autem eum invitum ad id cogere non poteſt ; unde resultaret inæqualitas , quod in casu deteriorationis venditor nunquam pactum exerceret: e converso illo uteretur in casu augmenti , & sic emtor esset semper in damno absque spe lucri: e converso autem venditor in solo lucro absque spe damni , quod jure ferendum non eſt , proruet in specie , ita firmant Thesaur: Decis: 140. Maſtrill: decis: 201. Barbat: de adsiſt: glos: 2. n. 115. , qui alios adducunt , & videtur esse de juris mente , seu ratione verissimum ex jam dicta irrefragabili ratione, ut non semel de hoc pro veritate interrogatus de jure respondi , ac etiam in judicio vidi practicari , et habetur præsertim in Romana , seu Januen pro Cataneis cum Costa (De Luc. de Servit. lib. IV. Discurs. 87. n. 10.)

Or se è così, i nostri clienti non temono affatto, che la G. C. facendo valere l'arbitrio dell' uom da bene, accolga i desiderj dell' avversario, che dopo il corso di 100. anni ha il coraggio di dimandar ricompra di un territorio , il dicui valore è cresciuto al quadruplo , permettendo che si faccia valere un patto , che innocente nel suo principio, si renderebbe per lo corso del tempo esorbitante , ingiusto , ed iniquo .

CAP.

CAP. IV.

Si dimostra che l'azione di ricompra non può istituirsi contro il terzo possessore ; e laddove potesse istituirsi , è sicuramente soggetta ad essere prescritta .

MA sia pure imprescrittibile, come all'avversario piace , l' azion di ricompra , potrebbe ella istituirsi contro al terzo possessore ? I più cordati scrittori convengono che nò , ed il loro sentimento è sostenuto dalla legge , e dal buon senso , siccome ora dimostreremo . L' Imperatore Alessandro volendo definire di quale azione possa e debba valersi il venditore, quando abbia convenuto il patto della ricompra, nettamente dice , che a lui conviene o l'azione *ex vendito* , o l' azione *præscriptis verbis* . Or egli è risaputo , che l' azione *ex vendito* , come nascente da contratto , è una mera azion personale , e tal' è senza dubbio l' azione *præscriptis verbis* , la quale era così detta perchè il Pretore ne facea modellar la formola sul livello del tenor della convenzione interceduta tra le parti . Se dunque di tal'indole è l'azion di ricompra , cioè che va diretta contro alla persona obbligata per astringerla all' adempimen-

mento del patto, non vi è ragione, per cui possa rivolgersi contro al terzo possessore, che alla retrovendita non si è obbligato. Si sa, che tal' è la natura dell' azion personale, che non oltrepassa la persona obbligata, o il di lei erede. *In personam actio est, qua cum ea agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid, vel dandum: & semper adversus eumdem locum habet* (*Ulp. in l.* 25. *ff. de Obl. & act.*). Qual dubbio adunque si può incontrare, che il patto di retrovendita non può mai aver luogo contro al terzo possessore? Se questo dritto non nasce se non che dal patto; se il patto non obbliga che la persona obbligata; se l'azion che ne risulta è personale, è chiara ed evidente la conseguenza, che non può eccedere la persona obbligata, nè può mai ferire il terzo possessore. Questa teoria seguirono il celebre Alessandro Tartagna, e quasi che tutti della scuola di Bologna, e la maggior parte de' Dottori, tra' quali si distinsero Curzio il vecchio, Ancarano il giovane, il Covarruvia, il Minsigero, il Wisembachio, il Carpzovio, ed infiniti altri con essi. Quindi il celebre Menchenio nella sua erudita opera intitolata *Gymnasium Polemicum juris* l'additò come un canone sicuro: *cum pactum de retrovendendo initum est, pretio restituto venditori, contra emtorem actio personalis,*

lis, non realis adversus quemvis possessorem competit, quia ex pacto de retrovendendo persona est, non res, obligata, dominiumque rei venditæ in in hunc eventum reservatum esse non apparet, ex l. 2. C. de pact. int. emt. & vendit. l. 25. ff. de O. & A. in quam sententiam resp. F. I. Lipsiensis (Menchenio Gymnas. Pol. Jur. Disput. 7. §. 11.). Il nostro Aulisio trattò di proposito questa materia, e con solidi argomenti fece vedere, quanto sia male appoggiato il pensar di coloro, che danno l'azione per la ricompra *etiam contra tertium possessorem*. Primieramente egli dice: il patto della ricompra altro in sostanza non è, che una promessa di vendita, intantocchè se malgrado il patto, il promissore non è tenuto, che all' *id quod interest* coll' azion personale. Imperciocchè si sà, che l' obbligazione *ad aliquid faciendum* non obbliga *præcise ad factum*, ma può il promissore *solvendo id quod interest* essere sciolto. Or chi dubitò mai, che l' azione *ad id quod interest* sia un' azion personale? Tutto ciò conferma l' egregio scrittore con un' altro argomento, a cui non pare che si possa nulla ridire. Se io vendo un fondo a Cajo, ed indi a Sempronio, ma ne faccio la tradizione a Sempronio secondo compratore, non già al primo, deve il secondo essere preferito al primo, malgrado che questi l' avesse antecedentemente com-

pra-

prato. Imperciocchè la vendita non trasferendo ipoteca sulla roba venduta, al compratore non compete l'azion reale, ma sibbene l'azion personale contro al venditore per la pena di falso, o di stellionato. Or se una vera, ed effettiva vendita non dà al compratore menoma ipoteca sulla cosa comprata, molto meno può acquistarla il venditore per effetto del patto della ricompra, il quale in sostanza altro non è, che una promessa di vendita. Udiamo questo dotto scrittore: *Probatur III. quia si eadem res pluribus separatim, & quod est consequens, diversis temporibus vendita sit, non præfertur prior emptor, cum res posteriori prius tradita proponitur; sed hic posterior omnino rem retinebit l. 15. C. de reivind. adeout prior emtor non habeat ullam actionem sive realem, sive personalem contra secundum emtorem, sed solam actionem personalem contra venditorem ipsum, ut coerceatur pœna falsi l. 21. ff. ad l. Cornel. de fals. Ergo multo magis in nostro casu, is qui vendidit sub pacto de retrovendendo, non habebit actionem hypothecariam super re in alterum distracta, eique tradita, sed solam actionem personalem in distrahentem. Dixi multo magis, quia hic res eadem non est duobus vendita, sed solum priori promissa retrovenditio est, sed posteriori actu vendita, immo tradita.* (*Aulis. tract. de pign. & hypoth. disc. 3. per totum*).

Noi

Noi non intendiamo renderci stucchevoli, e nojosi nella dimostrazione di questo assunto, giacchè *otium nobis fecit* il divisato Aulisio, presso di cui questo argomento si può leggere ampiamente, e con solidi principj sviluppato, e discusso. Conchiudiamo adunque con lui: *itaque, ut concludamus, sicut quoties revendi potest, sed revendere emtor nolit, non datur actio ulla in rem ipsam, adeoque nec hypothecaria, sed solum personalis contra ipsum emptorem ad id quod interest: ita pariter non competit hypothecaria, cum res ipsa ab emtore in alterum est distracta, nec reddi potest, etiamsi velit* (*Aulis. ibid.*). In un solo caso tutti convengono, che l'azion di ricompra si possa rivolgere contro al terzo possessore, quando cioè al patto della ricompra sia aggiunto uno speciale patto d'ipoteca, ed obbligazion de'beni. Quindi il savio e giudizioso Reggente Rovito (*Rovit. ad Pragm. rubric. de pacto retrovendendi*), e l'Ursillo ci fan sapere, essere stata tra noi escogitata la cautela di convenire nelle vendite col patto di ricompra di non potersi la roba vendere ad altri senza tale vincolo, avvalorando tale convenzione di speciale ipoteca (*Ursill. ad Afflict. decis.* 163. *n.* 3.). Ma questo specifico patto pur manca nel caso attuale: sicchè per ogni lato, che si guardi l'affare, si trova sempre mal appoggiata e nel dritto, e nel fatto l'azione istituita dall'avversario.

Ve-

Veniamo ora all' ultimo assunto della presente difesa, e seguendo le tracce delle idee degli avversarj, noi vogliamo immaginare altre due ipotesi confacentissime a' loro desiderj. Si finga, che l' azion di ricompra a prescrizion non soggiaccia, e si finga pure, che possa diriggersi contro al terzo possessore. In questa lieta idea noi pur sosteniamo, che quando anche reggesse il dritto di ricompra contro al compratore, e gli eredi suoi, l'azione ipotecaria con cui potrebbe agire contro al terzo possessore, sarebbe finita, ed estinta. Ed eccoci a quest' ultima, ma interessantissima parte della nostra dimostrazione.

Non è nuovo in giurisprudenza, che taluno per conseguire il suo sia fornito di più azioni talvolta d' indole, e natura diverse, e distinte tra loro. Non è cosa nuova altresì, che di queste tali azioni alcuna abbia una durata, ed una vita più breve, ed altra sia più lunga, e di durata più estesa, o perpetua. Può dunque avvenire benissimo, che avendo io, per conseguire il fondo Tuscolano, l' azion personale, e l' ipotecaria, l' azion personale duri, quando l' ipotecaria è estinta, e per l' opposto duri l' azione ipotecaria, mentre l' azion personale più non sustiste. Eccone alcuni esempj. Se l' azion principale perchè personale duri trent' anni, e resti tolta colla prescrizion tricennale, mentre

tre l'ipotecaria duri anni quaranta, può benissimo, dice l'Imperator Gordiano, il creditore dopo i trent'anni, ed estinta già l'azion personale, diriggersi coll'azione ipotecaria, che dura anni quaranta. *Intelligere debes* (dice Gordiano) *vincula pignoris durare ; personali actione submota* (*L. 2. C. de luition. pignor.*). Eccone un'altro esempio ; se al debitore succedono più eredi, il debito s'intende *ipso jure* diviso tra coeredi *pro rata portionum hereditariarum*. Ma se il creditore abbia agito contro alcun degli eredi coll'azione ipotecaria, benchè quegli avesse sodisfatta la sua rata del debito, non si vieta a lui per effetto della ipoteca di continuare ad agire contro di lui su i beni compresi nella sua porzione, finocchè non è soddisfatto interamente del credito suo : *quoniam indivisa eſt pignoris caussa*, come dice elegantemente Papiniano. (*L.* 65. *de evict.*). Qual n'è la ragione? Eccola. L'azion personale si scinde, e divide tra gli eredi, ma non così la ipotecaria. Dunque sebbene alcuno degli eredi paghi la rata del suo debito, e resti a tal modo sciolto dall'azion personale, pur non per tanto resta tuttavia sussistente l'azione ipotecaria, *quæ sequitur rem*, e resta indivisa. Così ci assicura la legge *ult. C. si unus ex plurib. heredib.*; ove gl'Imperatori Diocleziano, e Mas-

simiano così stabilirono: *actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quæsita scinditur: pignoris autem jure multis obligatis rebus, quas diversi possident: cum ejus vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur; qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum subſtantiæ conveniuntur, sed in solidum: ut vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant.* Giova, a dilucidar meglio queste teorie, rapportare quel che ne scrive il dottissimo Zaccaria Ubero, di cui è opportuno udir le parole = *Dices forte, hypothecam esse accessionem principalis obligationis, quæ longissimi temporis lapsu finitur. Absurdum igitur videri, ut accessoria diutius locum habeat. Hoc si novum tibi acciderit, intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota; quæ verba loquitur opportuna Gordianus Imp. in l. 2. C. de luit. pign. Cæterum ea circumspecte sunt accipienda, hoc sensu, ut significent vincula pignoris durare posse poſt finem scilicet actionis personalis, nimirum certis casibus, ac positis terminis habilibus, dum exercetur hypothecaria cis annos quadraginta, principali & personali actione tricennali præscriptione jam sublata. Vel etiam, si alter heredum pro sua parte satisfecerit creditori defuncti, in quantum tenebatur actione personali, hic suam portionem non recuperat ex pigno-*

ri-

ribus, nisi totum debitum exsolvat, l. 1. cod.; quo exemplo Cujacius Obs. lib. 5. cap. 30. illustrat Gordiani dictum in dicta l. 2. atque illuc unice putat respiccre. Verius tamen est latius petere. Nam remanet quoque jus pignoris, si creditor plus vel male petendo causa ceciderit, l. 38. §. 1. ff. ad l. Aquil. l. 27. d. Pign., ubi obligatio summo jure per acquisitionem hereditatis extincta fuit, l. 53. ff. ad SC. Treb., item in casu l. 38. §. 5. de solut. aliisque, quorum species una insignis posthac erit a nobis observanda. (Zacharias Huber observat. rerum iudicatar. Tom. I. obs. XXVIII.).

Premessi questi principj, lice a noi ragionare a tal modo. Laddove alcuno abbia varie azioni di natura diversa; può benissimo estinguersi l'una, e l'altra durare. Or tanto avviene nel caso presente: quando anche non soggiaccia a prescrizione il patto di ricompra per la mal'intesa idea di taluni, che dicono esservi sempre nel compratore il vizio della mala fede, che impedisce prescriversi la roba, pur non per tanto non vi è ragione, per cui non possa, nè debba prescriversi l'azione ipotecaria a favore del terzo possessore, nella dicui persona la buona fede sempremai si presume finochè non costi del contrario. Dunque quella ragione, che potrebbe rendere imprescrittibile l'azion di

ricompra contro al compratore, o al di lui erede, cessando del tutto in rapporto al terzo possessore, non è da far contesa, che costui può benissimo esser garantito dalla prescrizione, quando si voglia dirigger contro lui l' azione ipotecaria. Or chi non sà, che per legge giustinianea, non mai rivocata da alcun patrio stabilimento, l' azione ipotecaria non dura, che soli 30. anni, al dilà del qual termine non può più istituirsi, e dura *dieci* solamente, quando trovasi nelle mani del terzo possessore. Una legge espressa di Giustino non lascia luogo a dubitarne, che stabilisce a tal modo: *cum notissimi juris sit actionem hypothecariam in extraneos quidem suppositæ rei detentores annorum triginta finiri spatiis, si non interruptum erit silentium, ut lege cautum est.* (*L. 7. C. de præscrip.* 30. *vel* 100. *ann.*) e quivi il Gotofredo opportunamente soggiunse: *hypothecariam creditor movere potest intra quadraginta annos adversus debitorem: intra decem, vel viginti adversus extraneos bonæ fide possidentes, intra triginta si mala fide possideat.*

Ma se si vuole un' altro argomento più decisivo, e parlante del nostro assunto, cioè che può benissimo l' azione ipotecaria contro al terzo possessore estinguersi, mentre tuttavia dura l'azion personale, noi l'abbiamo da un solenne rescritto dell' Imperator Gordiano contenuto nella *l.*

1. *C. si advers. credit. præscrip. oppo.* Quivi si figura la specie, che un creditore per lo suo silenzio abbia lasciato prescrivere la roba, sù di cui aveva l'ipoteca posseduta da un terzo, stabilisce Gordiano, che non è disdetto al creditore coll'azion personale conseguire il suo, diriggendosi contro al debitor principale fra lo spazio di trent'anni. Dunque se l'azione ipotecaria può benissimo andar disgiunta dalla personale, e la personale dalla ipotecaria, se l'una è d'indole diversa dall'altra, se l'una può aver vita e durata, mentre l'altra è estinta, non vi è ragione, per cui essendo imprescrittibile l'azion personale per lo vizio della mala fede, si rende ancora imprescrittibile l'azione ipotecaria contro il terzo possessore, nella di cui persona mala fede non vi è, nè la legge la presume unquemai. Ed ecco dimostrato, che in tutte le vedute, ed in tutti gli aspetti l'azione istituita dagli attori Morelli, non ha alcun fondamento di dritto, che la sostenga. Dunque per tutt' i lati, che si rivolga l'affare, esso mostra lieta, e sicura speranza a' nostri clienti.

Conchiusione.

SEmbra ormai, che la ragione de' fratelli Marrocco siesi elevata a quell' eminente grado di evidenza, cui giugner possono le verità morali, e civili. Se gli avversarj per farsi strada alla loro azione si credon discendenti, ed eredi di Laura Fusco, noi abbiamo dimostrato, che di siffatta discendenza non vi è quella pruova, che per legge è richiesta a poter aggire. Se gli avversarj suppongono, che il fondo posseduto da' nostri clienti sia quello stesso, che Laura Fusco vendè colla riserba della ricompra, da noi si è rilevato, che di tal fatto manca quella pruova legale, onde potersi dire vero, e sicuro. Ma quando tutto ciò non costasse, noi abbiamo dimostrato dippiù con mille convincenti ragioni, ed invitti argomenti, che la pretesa ricompra è contradetta da' più sani principj della giurisprudenza, è un fantomo senza realità, ed offre una idea tutta strana, ed inconseguente. A vista dunque di tali multiplici dimostrazioni i nostri clienti fondatamente sperano, che il Tribunale, il quale congiungne ad una inalterabile giustizia un vasto e rischiarato sapere, li esenti dalla molestia del presente giudizio, rigettando un azione, che ha per unico appoggio la temerità, e l' azzardo.

Napoli li 16. di Settembre 1806.

Benedetto Breglia.

Domenico Criteni.

Digitized by Google

Difesa di D. Pasquale Rossi.

LA G. C. della Vicaria nel decidere la causa tra fratelli Morelli, ed Angelantonio, ed altri Marrocco, deve ancora occuparsi a valutare il merito di un altra pretensione svegliata dagli stessi Morelli contro D. Pasquale Rossi. Siccome queste pretensioni nascono da sorgente diversa, nè hanno alcun rapporto, e connessione tra loro, noi per servire alla precisione, ed alla chiarezza abbiamo creduto distinguere l'una causa dall' altra, e farne per entrambe particolar difesa.

Dobbiamo adunque rammentarci, che alloraquando Silvia Morelli andò a marito con Giacomo Silvestri furon dalla madre Laura Fusco promessi in dote duc. 350. E' inutile ripeter quì in qual modo si promise il pagamento della sudetta dote. Giova soltanto rammentarci la circostanza, che non potendo Laura Fusco soddisfare duc. 100 compresi tra dette doti, promise pagarceli su di una casa, ov' ella abitava, e fu convenuto, che pendente il pagamento di tale summa, avessero i conjugi Morelli, e Silvestri il dritto di abitare in due camere della casa anzidetta. Ecco il patto che dà occasione alla disputa. I fratelli Morelli dopo il periodo

di cento, e più anni si son diretti contro D. Pasquale Rossi, chiedendo il rilascio delle due camere suddette, ed oltre a ciò la restante casa, che dicono essersi da' conjugi Morelli, e Silvestri usurpata. Questa è la figura dell' azione spiegata nella G. C. Ma a quanti ostacoli, ed eccezioni ella soggiace? Primieramente manca la pruova della identità. In secondo luogo D. Pasquale Rossi nostro cliente non è il possessore della casa, che intendon gli avversarj revindicare. In terzo luogo quando pur tutto ciò non ostasse, resiste certamente agli attori la prescrizione centenaria, che estingue ogni dritto, ed è di potentissimo ostacolo a qualunque azione. Facciamone partitamente brevissima dimostrazione.

§. I.

Identità.

CIrca la pruova della identità della casa, che gli avversarj si sono studiati di fare nel termine, vaglion assai quelle riflesioni stesse, che abbiamo addotte intorno al territorio detto il *Sardo*. A riuscire nel loro disegno non si sono nè meno fidati di adoprare le stesse armi, cioè

le

le voci vaghe, e generali di alcuni pochi, ed oscuri testimonj. Essi circa la casa tacciono del tutto, nè hanno avuto il coraggio di asserire in grazia degli attori, che l'abitazione, di cui oggi si contende, sia quella stessa, che Laura Fusco diede con patto anticretico a' conjugi Silvestri, e Morelli. Manca adunque del tutto questa necessaria, ed essenzialissima pruova. E se è così, qual conto è da tenersi dell' azione istituita? Questo solo basterebbe per legge a discreditarla, ed escluderla. Ma noi abbiamo dippiù.

§. II.

Mancanza della pruova del possesso:

GLi attori del presente giudizio hanno indrizzata la loro azione contro D. Pasquale Rossi nostro cliente, e qual' è mai siffatta azione? Essi dicono, che intendon revindicare una casa che presumon derivare da Laura Fusco. Dicono che costei cedè due camere di detta casa a Giacomo Silvestri marito di Silvia Morelli figlia dell'anzidetta Laura, da goderne i medesimi Giacomo, e Silvia pendente la restituzione di ducati cento residuo dotale di essa Silvia. Ora adunque i fratelli Morelli intendon ritogliere

con azion di revindica la casa anzidetta col resto delle altre camere al nostro cliente D. Pasquale Rossi . Ecco la vera indole dell' azione indrizzata contro di lui . Ecco la immagine genuina del giudizio presente .

Primieramente in questa causa val molto il detto del Vangelo *nescitis quid petatis* . L'azion presente è la più lepida , e graziosa , che mai si possa ideare . Ognun sa , che l' azion di revindica è un azion reale , la quale seguendo , ed accompagnando la cosa stessa , s' inditizza soltanto contro l'attuale possessore , acciocchè costui sia condannato a restituir la roba , che l' attore dimostra con chiare pruove esser sua . Due adunque sono i requisiti essenziali , perchè cotest' azione sia ben diretta , e perchè l' attore possa conseguire un risultato vantaggioso per lui . L' uno consiste nel provare con chiarezza la ragion di dominio , ch' egli vi ha sù . L' altro è , che colui , contro di chi ha diretta la sua azione , possegga la roba che crede di suo dominio , acciocchè possa costui condannarsi a restituirla . D. Pasquale Rossi non si briga per ora ad esaminare , se gli attori abbiano soddisfatto al primo requisito , e se sian felicemente riusciti a provare colla nettezza , e precisione , che la legge richiede , la ragion di dominio sulla casa , che si contende . Si lasci per ora

da

da banda questa idea. D. Pasquale Rossi è egli mai possessore? certamente che no. Gli attori medesimi hanno dimostrato il contrario, e con ingenue voci lo confessano negli articoli *fol.* 3 r. Dunque l'azion di revindica istituita contro di lui, è un azione gittata al caso, e frustranea. Dunque la loro dimanda è illegale, e la giurisprudenza non deve proteggerla in alcun modo.

In fatti sono teorie notissime, che nell'azion di revindica la principale incombenza del magistrato ella è di accertare *an reus possideat*, e dove di ciò non si abbia sicura pruova, o si sappia l'opposto, non può un savio giudice dare ascolto alle voci dell'attore. *Officium autem judicis*, dice il giureconsulto Ulpiano, *in hac actione hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat* (*L. 9. D. de rei vindicat.*). E perchè mai il giudice dee di ciò assicurarsi? Perchè dovendosi condannare al rilascio del fondo il reo convenuto, non può mai condannarsi colui, *qui rem non possidet*. Quindi per non esser la condanna frustranea, e vuota di effetto, deve provarsi che il reo convenuto sia l'attual possessore della roba. Il Gotofredo nelle sue giudiziose osservazioni alla legge anzidetta dice così. *Quippe hæc actio* (*vindicatoria*) *datur contra quemcunque possidentem*; e poco appresso soggiugne: *dominio actoris probato*

possessor reus restituere rem cogitur. Dunque il reo deve esser possessore, perchè possa avere il suo effetto l'azion di revindica. Il metodico, ed elegante Einneccio nel definire la natura dell' azion di revindica nettamente ci addita, ch' ella compete unicamente contro a colui che possiede, e che l'attore è tenuto contestare al magistrato, che il reo da se chiamato in giudizio possegga in realtà la cosa, su di cui la sua azione è indrizzata. *Cum porro rei vindicatio sit actio in rem, facile patet* 1. *eam competere adversus quemcunque possessorem, vel detentorem, modo ante sententiam possideat. l.* 9. *l.* 27. 4. *de rei vindicat*: 2. *possessionem ab actore esse probandam* 3. *res, quæ vindicantur ab eodem speciatim esse designandas, ut an possideat reus adpareat* (Heinnec. elem. Pandect. Part. 2. lib. VI. tit. 1. §. 86.). Or se se è così, noi non sappiamo con quale fondamento di ragione sia piaciuto agli avversarj meschiare in questo giudizio la persona di D. Pasquale Rossi. Egli *neque tempore litis motæ*, possedeva, *nec tempore præsenti*, possiede la casa, sulla quale si contende. Se è requisito necessario in quest' azione la pruova dell' attual possesso del reo convenuto, come può andare innanzi nel caso presente la dimanda degli attori Morelli, i quali ingenuamente han confessato, e confessano, che D. Pasquale Rossi

non

non la possiede? *Risum teneatis amici.*

§. IV.

Prescrizione.

Questa unica difesa potrebbe essere sufficientissima per allontanare dal nostro clientolo ogni rischio di condanna nella causa presente. Ma vi è ancora dippiù. Benchè non sarebbe ora uopo, e tempo di dimostrarlo alla G. C., per non essere stato D. Pasquale Rossi lodato in autore da' veri possessori della casa, pure ci piace farlo gustare al Tribunale.

S'immagini per poco, che le due camere che furon date *ad gaudendum*, o sia con patto anticretico a Giacomo Silvestri, siano quelle stesse, di cui ora si contende, come potrebbe dopo il corso di cento anni sperimentarsi più l'azione *luendi pignus*, la quale secondo il sentimento più plausibile, e meglio sostenuto dalla legge si estingue fra 30. anni. In fatti il *jus reluendi* non è che un azion, *qua persequimur pignus datum oblato pretio*. Or se ogni azione fra 30. anni rimane estinta, perchè mai questo dritto che pur nella classe delle azioni vien collocato, dovrebbe godere un privilegio, che le altre azioni non hanno? Nè si dica, che nascendo quest'

azio-

azione dal tempo, in cui si offre la restituzion del prezzo, non corre intanto la prescrizione per la regola che *non valenti agere non currat præscriptio*. Imperciochè dove l' impedimento non sia di dritto, ma di fatto, com' è nel caso attuale, che risulta dal ritardo del debitore, non deve la prescrizione restare impedita. Il dotto Errico Coccejo in una sua particolar dissertazione trattò con infinita erudizione, e profondità legale questa disputa, rispondendo a ciascun argomento, con cui i sostenitori della contraria sentenza procurano giustificare l' imprescrittibilità del *jus reluendi* della roba data in pegno; e chi amasse accertarsi quanto sia erroneo il contrario sistema, potrebbe quivi veder tutto ampiamente discusso.

Samuele Coccejo, che non cedette al padre nel sapere legale, e che talvolta si oppose a lui, si adattò ancora in questa parte alle sue idee. Egli propone così la quistione: *an actioni pignoratitiæ triginta annis præscribatur? Aliter doctores quæstionem vulgo proponunt, an scilicet juri reluendi præscribi possit, & multum inter has duas quæstiones interesse putat Wisemb. Disp. 40. §. 22. quia actio pignoratitia non nisi soluta pecunia intentari potest, indeque quamdiu creditor non obtulit, & solvit, nondum natam esse ait actionem pignoratitiam, de cujus præscriptione quæ-*

quæri posset. Sed cum jus reluendi nihil sit quam jus illud persequi pignus debito soluto, facile apparet eodem rem recidere, quomodo quæstio proponatur,

Utraque enim affirmandæ est. Quia pura est actio, & in potestate debitoris est solvere sortem, & repetere pignus, quod si non facit, sibi imputet, præscriptio autem tunc demum impeditur, quando agere non potest l. 7. §. 4. Cod. de præscript., Certum est ex l. 3. 4. 7. eod. Quod jura personalia 30 annis præscribantur, jus autem reluendi nihil aliud est, quam actio illa personalis, qua persequimur rem pignori datam oblato debito. Impedimentum facti scilicet quod agere non possit, non impedit præscriptionem, sed impedimentum demum juris. Laut. pag. 616 in fin. in primis cum in præsenti casu illud impedimentum ex mora ipsius debitoris pendeat, ut pote qui solvendo interrumpere præscriptionem posset. Quæ huic sententiæ obstant, solide discussit beatus parens in disputat. de jure offer. §. 18. &c. &c. &c. (Coccej. jus contr. lib. 13. tit. VII. qu. XIX.)

Il dottissimo Arnoldo Vinnio, che si distingue per lo suo grave discernimento, e giudizio, non disconviene affatto dalle idee finora accennate, e nelle sue quistioni scelte risolutamente sostiene, che il *jus luendi* tra 'l periodo di trent'anni si prescrive. Merita che si legga a disteso

con

con quanta solidità questo grave scrittore giustifica il nostro sentimento, e risponde a tutto ciò che in contrario si potrebbe ridire: *Atque hæc sunt præcipua eorum argumenta, qui negant ius luendi pignoris ullius temporis præscriptione tolli. Ceterum quominus huic sententiæ subscribam, impediunt illæ constitutiones, quæ diserte volunt, omnem actionem, & omne ius, sive privatum sive publicum, 30. & ad summum 40. annorum spatio excludi. L. 3. l. 4. C. de prescription. 30. annorum. Tale autem utique jus est etiam debiti offerendi, & luendi pignoris. Et cum jus creditoris adversus debitorem, & adversus extraneum possessorem pignoris, item ius primi creditoris adversus secundum, atque ex contrario ius secundi adversus primum longissimi temporis præscriptione tollatur nunc 30. nunc 40. annorum. L. 7. pr. & §. 2. & 3. de præscr. 30. annorum; non video cur non etiam tanti temporis præscriptione tolli possit ius luendi pignoris. Falsum enim est, quod pro vero sopponitur a contrariæ sententiæ auctoribus, nempe ius luendi pignoris esse meræ facultatis eo significatu, quo rerum meræ facultatis negatur esse præscriptio. Descendit enim illud ius ex obligatione, quam creditor in iudicium deducere potest, alioquin omnis actio & persecutio res meræ facultatis dicenda esset. Sed illud meræ facultatis esse dicitur, quod citra ullam*

ullam obligationem, aut conventionem cujusque libero arbitrio iure omnium communi permittitur, quale est facultas eundi per viam publicam. &c. &c. &c. (*Vinn. quæst. select. lib. 2. cap. VI.*)

Or se l'azione per lo riscatto del pegno giusta la sentenza più plausibile, non dura che anni trenta, come potrebbe farsi valere dopo il lasso immemorabile di cento e più anni? La centenaria sopisce ogni lite, estingue ogni azione, e la tranquillità delle cose umane, e la sicurezza delle proprietà, e de' domini non comporta; che si vadan rimucinando cose, che l'obblio del tempo deve lasciare placidamente tranquille. Calzan qui bene le savie parole dell'imperador Valentiniano, che altrove pur abbiamo allegate. *Quis ferat institui jurgia, quæ avi, & proavi nescierunt? quæ alia improbum litigatorem tam valida defensio submovebit, si possessorem nec sæcula in infinitum transacta defendunt?* Ma noi altrove abbiam rilevato quale, e quanto sia il valore della centenaria, e quindi preghiamo i Signori Votanti a volere richiamar qui le stesse idee.

Egli è vero, che nell'azione pignoratizia taluni scrittori non ammisero la prescrizione, perchè nella persona del debitore che possiede, s'incontra sempre l'ostacolo della mala fede, ma qualunque sia il merito di questa opposizione,

non

non può valere certamente contro al terzo possessore, nella di cui persona la buona fede sempre mai si presume, perlocchè cessa in lui quella ragione d'imprescrittibilità, che osta al debitore, ed all'erede di lui. Ecco perchè gli attuali possessori della casa quando pur costasse della identità, e gli attori avessero dimostrato il lor dominio, hanno sempre la garanzia di una prescrizione di tempo lunghissimo, per la quale non posson alcun rischio temere dal giudizio presente. Ma queste cose sian dette di volo, e rapidamente, soltanto per far gustare alla G. C., che l'azione degli avversarj anche contro i veri possessori delle case non ha appoggio, che la sostenga. Intanto D. Pasquale Rossi nostro cliente non deve certamente meschiarsi in questa briga. Egli non è possessore: egli non è stato lodato in autore da chi che sia. Dunque non vi è azione, che regga contro di lui. Dunque egli non ha interesse alcuno in questo giudizio.

§. IV.

Valor della prescrizione circa la restante Casa, che vuolsi revindicare.

I fratelli Morelli oltre alle due camere che pretendono doversi loro restituire in forza di quel pat-

patto anticretico, di cui si è parlato dianzi, pretendono ancora revindicare tutta la restante casa, dicendo che Giacomo, e Silvia dopo la morte di Laura Fusco se ne resero padroni senza titolo, e ragione. Questa pure è un azione, che forse più delle altre è azzardata, ed ingiusta. Dopo il corso di cento e più anni andar dicendo: *Voi usurpaste: Voi possedete senza titolo*, è la più strana idea, che possa immaginarsi. La centenaria supplisce la mancanza di qualunque titolo. La centenaria fa presumere il modo più ragionevole, e legale di ogni acquisto. Nelle cose civili, e negli affari della società dee prefinirsi un termine, dopo il quale non si dee andar più rimuginando il passato, ed ognun che possiede, dev'essere lasciato tranquillo, e sicuro. Noi di sopra ad occasione della difesa de' fratelli Marrocco abbiam dimostrato di qual valore sia la prescrizione centenaria. Dimostrammo col Fabro, che ove si tratta di centenaria, *& titulus & bona fides facile præsumitur: Ipsa enim temporis antiquitas utroque casu justi tituli vim obtinet*. Dimostrammo altresi col de Luca, che la centenaria fa dileguare ogni sospetto di usurpazione, e di possesso illegittimo, e che al contrario fa presumere il titolo il più solenne, ed ogni legittimità nell' acquisto: *metus, & violentiæ præsumptionem excludit, cum præsumatur legitimus contractus, regius as-*

assensus, & omnia sollemniter acta . . . Magna est auctoritas talis præscriptionis . . . cum abstergat omnes maculas, præsumat titulum sollemnem, & habeat vim legis. Ma non vogliamo renderci stucchevoli ripetendo le stesse cose. Osserviamo soltanto, che coteste teorie vagliono assai più, e riescono più poderose, laddove trattisi di terzo possessore giusta la specie, che esibisce la causa presente.

Qual' è dunque il risultato delle nostre idee? qual conto è d'aversi delle querele degli avversarj, che dopo il periodo di un secolo e più, van dicendo usurpazione, e violenza, inquietando così le ceneri di Giacomo Silvestri e Silvia Morelli? Come potrebbero a fronte della centenaria, che ogni vizio dilegua, accusare il loro pacifico possesso di soverchieria, e di usurpazione? No. Il nostro cliente persuaso della giustizia integerrima del Tribunale non sa affatto temere, che possa accogliere gl' ingiusti desiderj de' fratelli Morelli, che ostentando vecchie, ed affumigate carte, van turbando di quà, e di là la quiete, e la pace tranquilla della onesta gente.

Napoli 16. di Settembre 1806.

Benedetto Breglia.
Domenico Criteni.

IAL 1521500